

ВІСНИК АСОЦІАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ ВИДАННЯ



Електронне наукове видання
«Вісник Асоціації кримінального права України» включено до
Переліку наукових фахових видань України з присвоєнням категорії «Б»
(наказ МОН України № 627 від 14 травня 2020 року)

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Громадська організація «Всеукраїнська асоціація кримінального права»

УДК 343

ISSN 2311-9640

ВІСНИК АСОЦІАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Електронне наукове видання

Випуск 1(17) / 2022

*Рекомендовано до поширення через мережу Інтернет
постановою Президії ГО «Всеукраїнська асоціація кримінального права»
№ 27/3 від 14 червня 2022 року*

*Згідно з наказом Міністерства освіти і науки України «Про затвердження
рішень Атестаційної колегії Міністерства від 14 травня 2020 року та
внесення змін до наказу Міністерства освіти і науки України від 17 березня
2020 року № 409» від 14 травня 2020 року № 627 електронне наукове видання
«Вісник Асоціації кримінального права України» включено до Переліку
наукових фахових видань України з присвоєнням категорії «Б»*

© ГО «ВАКП», 2022

Вісник Асоціації кримінального права України : електрон. наук. вид. / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права». – Харків: [б. в.], 2022. – Вип. 1(17). – ISSN 2311-9640 (online)

В електронному науковому збірнику Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого та Всеукраїнської громадської організації «Асоціація кримінального права» висвітлюються актуальні питання з кримінального права, кримінології та кримінально-виконавчого права.

Видання розраховане на науковців, викладачів, аспірантів, студентів, усіх, хто прагне отримати ґрунтовні знання теоретичного і прикладного характеру.

Редакційна колегія

Головкін Б. М., д-р юрид. наук, професор (головний редактор); **Борисов В. І.**, акад. Нац. акад. прав. наук України, д-р юрид. наук, професор (заст. головного редактора); **Баулін Ю. В.**, акад. Нац. акад. прав. наук України, д-р юрид. наук, професор (наук. редактор); **Євтєєва Д. П.**, канд. юрид. наук, ст. наук. співроб. (наук. редактор); **Гродецький Ю. В.**, канд. юрид. наук, доц. (відповідальний секретар); **Ласковська Катажина**, д-р юрид. наук, професор (Польща); **Аркуша Л. І.**, д-р юрид. наук, професор; **Вільчик Т. Б.**, д-р юрид. наук, професор; **Лапкін А. В.**, канд. юрид. наук, доц.; **Маринів В. І.**, канд. юрид. наук, доц.; **Орловський Р. С.**, канд. юрид. наук, доц.; **Савченко А. В.**, д-р юрид. наук, професор; **Халимон С. І.**, д-р юрид. наук, доц.

Згідно з наказом Міністерства освіти і науки України «Про затвердження рішень Атестаційної колегії Міністерства від 14 травня 2020 року та внесення змін до наказу Міністерства освіти і науки України від 17 березня 2020 року № 409» від 14 травня 2020 року № 627 електронне наукове видання «Вісник Асоціації кримінального права України» включено до Переліку наукових фахових видань України з присвоєнням категорії «Б».

Науковий збірник індексується в міжнародних наукометричних базах даних:
Index Copernicus Journals Master List; Google Scholar; WorldCat;
Scientific Indexing Services (SIS); General Impact Factor (GIF);
ResearchBib – Academic Recourse Index

Рекомендовано до поширення через мережу Інтернет постановою
Президії ГО «Всеукраїнська асоціація кримінального права»
№ 27/3 від 14 червня 2022 року

ЗМІСТ

ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

<i>Пономаренко Ю. А.</i> Новелізація положень КК щодо обставин, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану	1–23
<i>Шармар О. М.</i> Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння	24–35
<i>Тимофєєва Л. Ю.</i> Принципи кримінального права та їх реалізація в умовах війни	36–51

ПИТАННЯ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

<i>Киричко В. М.</i> Актуальні кримінально-правові проблеми війни і миру (погляд із воєнного Харкова)	52–91
<i>Симоненко Н. О.</i> Кримінально-правова новела щодо колабораційної діяльності	92–109
<i>Матюшенко О. І.</i> Проблемні питання позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за колабораційну діяльність	110–119
<i>Радутний О. Е.</i> Розбещення та розпусні дії за ст. 156 КК України в координатах правової визначеності	120–145
<i>Гродецький Ю. В.</i> Кримінально-правова охорона законної професійної діяльності у сфері підготовки та поширення масової інформації	146–172
<i>Кришевич О. В.</i> Кримінальна відповідальність за нецільове використання гуманітарної допомоги чи один з видів шахрайства	173–183

НА ДОПОМОГУ СТУДЕНТУ

<i>Тютюгін В. І.</i> Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як вид покарання	184–212
<i>Тютюгін В. І.</i> Конфіскація майна як вид покарання	213–226
<i>Борисов В. І.</i> Кримінальні правопорушення проти власності: об'єкт, предмет та види. характеристика незаконних корисливих діянь, пов'язаних із заволодінням і (або) оберненням чужого майна	227–245

УДК 343.228:344.1(477)

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.256785>

Ю. А. Пономаренко,

докт. юрид. наук, доцент, завідувач
кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного
університету імені Ярослава
Мудрого

НОВЕЛІЗАЦІЯ ПОЛОЖЕНЬ КК ЩОДО ОБСТАВИН, ЯКІ ВИКЛЮЧАЮТЬ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ, В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Стаття присвячена аналізу правомірної поведінки цивільних осіб, які під час і з метою захисту України заподіюють шкоду державі-агресору. Досліджені відповідні новели КК України (ст. 43-1 і п. 22 Прикінцевих та перехідних положень) і розкриті правова форма такої поведінки, її підстава та ознаки, визначені межі правомірного заподіяння шкоди агресорові. Сформульовані висновки щодо перспектив практичного застосування та подальшого законодавчого удосконалення цих приписів.

Ключові слова: кримінальне право, воєнно-кримінальне право, обставини, що виключають кримінальне правопорушення, кримінальна відповідальність, воєнний стан.

Агресивна війна, яку Росія в гібридній формі розв'язала проти нашої країни ще 20 лютого 2014 р., і яку цьогогоріч 24 лютого перевела у форму широкомасштабного вторгнення, без перебільшення стала найважчим викликом для України з часів відновлення її незалежності. Головне реагування на цей виклик дають Збройні Сили України, включно з підрозділами територіальної оборони, та інші військові формування України, які зірвали плани агресора, успішно знищують ворога і, безумовно, здобудуть перемогу. Разом з ними на захист Батьківщини піднявся, без перебільшення, увесь Український народ. І далеко не кожен його представник обмежив свій внесок у перемогу волонтерською діяльністю чи її підтримкою, забезпеченням функціонування економіки, соціальної сфери, владних інституцій тощо. Сотні і тисячі наших співвітчизників самостійно чи організовано чинять протидію ворогові шляхом заподіяння йому різних видів шкоди: від інформаційних атак і «культури скасування» усього, що пов'язано

з рашизмом, до фізичного знищення окупантів, їхньої військової техніки та іншого майна.

Ніколи і ні в кого не викликало сумнівів правомірність заподіяння шкоди ворогові під час війни. Гуго Гроцій посилався аж на Еврипіда, який ще в V столітті до Р. Х. в одній зі своїх трагедій наводив *давню* грецьку приказку: «Чиста рука убивці ворога». Однак у наш час український законодавець раптом злякався, що українські суди можуть притягувати до кримінальної відповідальності українських громадян за шкоду, заподіяну агресорові. Щоб упередити це (а з іншого боку, мабуть, і щоб стимулювати громадян активніше шкодити ворогові) на початку широкомасштабної фази війни КК був доповнений двома новими обставинами, що виключають кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди ворогові. Спершу його Прикінцеві і перехідні положення (далі – ППП) були доповнені п. 22 про те, що «цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована відповідно до вимог Закону України "Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України"»¹. Згодом Кодекс був доповнений статтею 43-1, згідно якої до обставин, що виключають т. зв. «кримінальну протиправність діяння» було віднесене виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України².

Наразі невідомо, чи за два місяці чинності цих приписів органи досудового розслідування або суди хоча б раз їх застосовували. Відтак і невідомо, з якими проблемами вони стикалися чи могли зіткнутися при їх тлумаченні. Однак вже перші оцінки, надані цим приписам українськими криміналістами у соціальних мережах і на наукових заходах (М. О. Акімов,

¹ Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України: Закон України від 3 березня 2022 р. № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20/print>.

² Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану: Закон України від 15 березня 2022 р. № 2124-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20/print>.

Ю. В. Баулін, Р. О. Мовчан, М. І. Хавронюк та ін.), свідчать про закладений у них великий потенціал загроз для належного правозастосування і прихований резерв можливостей для порушення прав людини. Тому подальший аналіз цих приписів повинен бути скерованим не лише на роз'яснення їхнього змісту для правозастосування, а й на вироблення рекомендацій для подальшого законотворення.

Характеристика будь-якої обставини, що виключає кримінальне правопорушення, передбачає послідовне розкриття питань про: 1) її юридичну форму і коло суб'єктів, на яких вона поширюється; 2) підставу її здійснення; 3) ознаки правомірності поведінки особи за наявності цієї обставини; 4) межі правомірного заподіяння шкоди; 5) відповідальність за перевищення меж правомірного заподіяння шкоди. З огляду на генезису, змістовну і формальну близькість обставин, передбачених ст. 43-1 і п. 22 ППП КК, видається можливим розкривати вказані питання щодо них обох паралельно, умовно найменувавши їх разом «обставинами, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану».

Юридична форма і коло суб'єктів, на яких поширюються обставини, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану. У хронологічно першій обставині, передбаченій п. 22 ППП, її юридична форма не була визначена, а коло осіб, на яких вона поширюється, – окреслене до того невідомим кримінальному праву поняттям «цивільні особи». Проте, це поняття може бути встановлене з урахуванням змісту ст. 1 відповідного закону³, згідно якої цивільними особами названі «громадяни України, а також іноземці та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України» і визначено, що вони «можуть брати участь у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської

³ За межами цього дослідження лишається низка проблем законодавчої техніки, пов'язаних з цим законом. Зокрема, всупереч вимогам ч. 6 ст. 3 КК зміни до Кодексу були внесені не окремим законом про внесення змін саме до нього, а останньою статтею «регуляторного» закону. Крім того, абсолютно непояснюваним є введення аналізованого припису не до «тіла» Кодексу, а до його ППП, що були свого часу розраховані виключно на розв'язання темпоральних колізій КК 2001 р. з попереднім КК 1960 р.

Федерації та/або інших держав...». Таким чином, ця обставина полягає у *правомірному здійсненні особою свого суб'єктивного права*, а тому під «цивільними особами» слід розуміти не будь-яких громадян України, іноземців та осіб без громадянства, а лише тих, на яких не покладений юридичний обов'язок чи службове повноваження щодо захисту України. Інакше кажучи, суб'єктами цієї обставини не є військовослужбовці Збройних Сил України та інших утворених відповідно до міжнародних договорів чи законів України військових формувань, які мають юридичний обов'язок чи службове повноваження щодо заподіяння шкоди ворогові. Правомірність виконання ними цього обов'язку чи здійснення повноваження має визначатися за спеціальними актами законодавства (міжнародні Конвенції про закони і звичаї війни, закони України «Про Збройні Сили України», «Про оборону України» та інші, військові Статути тощо).

Суперечливо визначається законодавцем питання про юридичну форму обставини, передбаченої ст. 43-1 КК, що своєю чергою обумовлює неоднозначність у питанні про коло осіб, на яких вона поширюється. З одного боку, стаття має назву «*Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України*» і така ж юридична форма діяння згадується і в її ч. 4. З іншого боку, ч. 2 цієї статті встановлює, що «*Кожна особа має право на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України...*». Водночас, від відповіді на питання про те, обов'язком чи правом особи є здійснення правомірних діянь, передбачених цією статтею, буде залежати відповідь на питання про правові наслідки нездійснення цих діянь. Бо якщо це обов'язок, то його невиконання має тягнути юридичну відповідальність, а якщо право – то його нездійснення не може мати такого наслідку.

Вочевидь, термін «виконання обов'язку» з'явився у назві і в ч. 4 цієї статті на виконання положень ч. 1 ст. 65 Конституції, згідно якої «Захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її

державних символів є обов'язком громадян України». Водночас, конституційний обов'язок щодо захисту України, з одного боку, не може бути зведений лише до обов'язку обороняти її зі зброєю в руках від зовнішньої агресії. За визначенням Ю. П. Битяка «Це і стан захищеності державного суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного і оборонного потенціалу, законних інтересів держави та прав громадян від посягань з боку окремих організацій, груп та осіб, це відповідний рівень громадського порядку та громадської безпеки, збереження національної культури та ін. Усі ці аспекти захисту Вітчизни мають відстоюватись громадянами»⁴. Тому загальний для всіх громадян обов'язок захищати Вітчизну, лише для окремих з них (військовослужбовців, військовозобов'язаних, резервістів тощо) є обов'язком щодо її оборони зі зброєю в руках. Для інших же громадян, а тим паче – для іноземців і осіб без громадянства – є суб'єктивне право заподіювати ворогові шкоду. З огляду на це, можна стверджувати, що й обставина, передбачена ст. 43-1 КК, за своєю юридичною формою є *суб'єктивним правом приватної (цивільної) особи*, що правильно відображено в її ч. 2. Підтвердженням цього висновку є й те, що у ч. 2 ст. 43-1 закон не лише говорить про право кожної особи на захист України, а й відмежовує цю особу від органів державної влади і Збройних Сил України, від яких не залежить можливість здійснення особою цього свого права.

Водночас, коло осіб, які мають суб'єктивне право заподіювати ворогові шкоду за наявності обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, підлягає подальшому уточненню з урахуванням вимог законів і звичаїв війни. Оскільки міжнародними конвенціями визначається правомірність шкоди, заподіяної ворогові комбатантами, то національне право визначає правомірне заподіяння такої шкоди цивільними

⁴ Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.) та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2011. С. 488.

особами. Відтак, суб'єктом реалізації права на заподіяння ворогові шкоди відповідно до ст. 43-1 і п. 22 ППП КК є виключно *цивільні особи*. Згідно зі ст. 4 Третьої Женевської конвенції і ст. 43 та 50 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій ними є цивільні особи, тобто особи, які:

1) не входять до особового складу Збройних Сил України, а також не є членами ополчення або добровольчих загонів, які є частиною цих збройних сил (наприклад, Сил територіальної оборони);

2) не є членами інших ополчень та добровольчих загонів, зокрема організованих рухів опору, які діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони відповідають таким умовам:

a) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих;

b) вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані;

c) вони носять зброю відкрито;

d) здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни;

3) не є тими жителями неокупованої території, які під час наближення ворога озброїлися, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни.

Саме такі особи, які не належать до жодної з трьох вищеназваних категорій, і мають право правомірно заподіяти ворогові шкоду відповідно до ст. 43-1 і п. 22 ППП КК. Натомість, правомірність шкоди, заподіяної ворогові комбатантами, визначається не за цими приписами КК, а за міжнародними Конвенціями про закони і звичаї війни та положеннями національного законодавства про оборону, про статус і повноваження Збройних Сил України та інших утворених відповідно до законів військових формувань.

Підстава обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, визначена в обох аналізованих приписах

приблизно однаково. У п. 22 ППП вона сформульована як «здійснення збройної агресії проти України», у ч. 1 ст. 43-1 – як «збройна агресія Російської Федерації або агресія іншої країни». Попри очевидну невдалість згадки у ст. 43-1 про конкретну країну-агресора, ці визначення підстави мають ще одну серйозну хибу: в них обох йдеться саме про *збройну агресію*. Водночас, і визначення агресії (Резолюція ГА ООН 3314 (XXIX) від 14 грудня 1974 р.), і ст. 8-bis Римського Статуту МКС, хоч і пов'язують агресію із застосуванням *збройної сили*, але: по-перше, не називають обов'язковою ознакою агресії використання зброї; по-друге, передбачають і такі форми агресії, які можуть здійснюватися без застосування збройних сил; по-третє, використовують термін «агресія», а не «збройна агресія».

Згідно з названими актами агресію становить застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або в будь-який інший спосіб, несумісний зі Статутом ООН (тобто – крім реалізації права на самооборону (ст. 61 Статуту)). «Будь-яка з таких дій, незалежно від оголошення війни, має кваліфікуватися як акт агресії:

а) вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави чи будь-яка військова окупація, незалежно від її тривалості, яка є наслідком такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія із застосуванням сили на території іншої держави або її частини;

б) бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави;

в) блокада портів або берегів держави збройними силами іншої держави;

г) напад збройними силами держави на сухопутні, морські або повітряні сили чи морські та повітряні флоти іншої держави;

д) застосування збройних сил однієї держави, що перебувають на території іншої держави за угодою з приймаючою державою, з порушенням

умов, передбачених в угоді, або будь-яке продовження їх перебування на такій території після припинення дії угоди;

f) дія держави, що дозволяє, щоб її територія, яку вона надала у розпорядження іншій державі, використовувалася цією іншою державою для здійснення акту агресії проти третьої держави;

g) направлення державою або від імені держави озброєних банд, груп та іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави, що мають настільки серйозний характер, що це рівноцінно переліченим вище актам або її значної участі в них».

Наявність принаймні одного будь-якого з названих діянь уже становить агресію, а відтак – і підставу для правомірного заподіяння шкоди відповідно до ст. 43-1 чи п. 22 ППП КК. Ще з 20 лютого 2014 р. Україна зазнає агресії з боку Російської Федерації, а з 24 лютого цього року – також і Республіки Білорусь (принаймні, в обсязі, визначеному п. (f) вище). Незалежно від того, що факт російської агресії визнаний і неодноразово закріплений на законодавчому рівні, а білоруської – ні, обидві агресії становлять собою підставу для реалізації цивільними особами їхнього суб'єктивного права на захист України.

Інших елементів підстави для реалізації цього права закон ні в ст. 43-1, ні в п. 22 ППП КК (на відміну, наприклад, від підстави реалізації права на необхідну оборону, затримання злочинця, крайню необхідність та ін.) не передбачає. Мабуть, це і правильно, бо сама агресія проти України є настільки винятково суспільно небезпечним діянням, що обумовлення реалізації права на протидію їй наявністю інших елементів підстави, було б невиправданим звуженням ініціативності цивільних осіб щодо захисту держави. Водночас, інший елемент підстави для реалізації права на захист України відповідно до п. 22 ППП передбачається Порядком, який на

виконання відповідного закону затвердив Кабінет Міністрів України⁵. Згідно з п. 2 цього документа застосування цивільними особами вогнепальної зброї визнається правомірним виключно «якщо в інший спосіб і за допомогою інших засобів захистити себе чи охоронюваний об'єкт у такій ситуації неможливо». Більше того, у п. 3 того ж Положення передбачено, що «застосування вогнепальної зброї повинне здійснюватися таким чином, щоб заподіяти мінімальну шкоду в кожній конкретній ситуації».

Таким чином, Кабмін зробив спробу привнести до підстави реалізації права на захист України із застосуванням зброї елемент підстави крайньої необхідності. Тим самим Кабмін покладає на суб'єкта цього права додатковий обов'язок: в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту спеціально піклуватися про інтереси агресора, думати про те, як би не заподіяти цим інтересам надмірної шкоди шляхом застосування вогнепальної зброї і застосовувати останню лише після переконання у тому, що іншим (м'якшими, лагіднішими, менш шкідливими для агресора способами) протидіяти йому неможливо. Думаю, що і в силу абсурдності таких вимог, й у зв'язку із тим, що основні обов'язки громадянина визначаються виключно законом (п. 1 ч. 1 ст. 92 Конституції) ці положення Порядку не повинні застосовуватися судами.

З огляду на викладене, єдиною підставою реалізації цивільною особою права на заподіяння шкоди під час захисту України як на підставі ст. 43-1, так і на підставі п. 22 ППП КК, слід вважати агресію іноземної держави проти України.

Ознаки правомірності поведінки особи за наявності обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, складають у своїй сукупності склад правомірної поведінки особи, яка

⁵ Порядок застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України у період дії воєнного стану: Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 р. № 448. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2022-p/print>.

реалізує відповідне своє суб'єктивне право.

Суб'єктом цієї поведінки, як це визначено вище, є *цивільні особи*, а також особи, які згідно Женевських конвенцій мають статус:

- 1) медичного персоналу,
- 2) духовного персоналу,
- 3) осіб, що супроводжують збройні сили, але фактично не входять до їхнього складу (цивільні члени екіпажів військових літаків чи кораблів, військові кореспонденти, постачальники, особовий склад робочих підрозділів або служб побутового обслуговування збройних сил тощо),
- 4) шпигунів,
- 5) найманців та ін.

Визначені Конвенціями правові наслідки захоплення цих осіб ворогом (зокрема, будуть вони вважатися військовополоненими чи ні) не впливають на визначені КК правові наслідки правомірного заподіяння ними шкоди ворогові.

Об'єкт, якому ці особи можуть правомірно заподіяти шкоду, в ч. 1 ст. 43-1 КК визначений як життя або здоров'я особи, що здійснює агресію, або «правоохоронювані інтереси», при чому останні – невідомо чий. У ч. 3 тієї ж статті згадується про можливість правомірного заподіяння шкоди майну, але знову ж таки – без вказівки на його власника. У п. 22 ППП об'єктом правомірного заподіяння шкоди названі «особи, які здійснюють збройну агресію проти України». Затверджений Кабміном Порядок уточнює, що це мають бути «особи, причетні до збройної агресії», а також зброя, бойова техніка, транспортні або технічні засоби, що перебувають у їхньому користуванні (п. 4). Особами, причетними до збройної агресії, цим Положенням з посиланням на аналогічний документ, що стосується виконання іншими суб'єктами свого обов'язку щодо захисту України, визнається «особовий склад регулярних з'єднань і підрозділів іноземних держав, підрозділів та спеціальних формувань, підпорядкованих іншим

силовим відомствам іноземних держав, іррегулярних незаконних збройних формувань, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих іноземною державою, їх радники та інструктори, а також персонал окупаційної адміністрації іноземної держави (яку становлять її державні органи і структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та підконтрольні іноземній державі самопроголошені органи, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України)»⁶.

Таким чином, за змістом ст. 43-1 і п. 22 ППП КК (з урахуванням розширеного тлумачення останнього у Порядку) *об'єктом правомірного заподіяння шкоди при захисті України від іноземної агресії є:*

1) життя, здоров'я і свобода осіб, які здійснюють агресію. Під такими особами слід розуміти:

а) політичне і військове керівництво держави-агресора, яке здійснює агресію проти України у формі її планування чи розв'язання⁷;

б) військовослужбовців збройних сил держави-агресора чи службовців підпорядкованих державі-агресору військових чи воєнізованих формувань (наприклад: «росгвардія», «казаки», «кадирівці», приватні військові компанії тощо), незалежно від того, чи беруть вони безпосередню участь в агресії проти України, чи ні;

в) персонал окупаційних адміністрацій чи інших подібних квазі-органів «влади», створених чи керованих іноземною державою на тимчасово окупованих територіях України;

г) персонал незаконних збройних формувань з числа громадян України чи іноземних громадян, створених чи керованих державою-

⁶ Порядок застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України: Затверджено постановою Кабінету Міністрів України № від 10 жовтня 2018 р. № 828. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-p/print>.

⁷ Навроцький В. Що вчинили Путін & К° щодо України? URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2014/03/13/7018693/>.

агресором (т. зв. «народна міліція» донецької чи луганської «народних республік» тощо);

2) зброю, військову техніку та інше майно, що використовується вищеназваними суб'єктами, для здійснення агресії проти України, незалежно від того, правомірно вони їм належні, чи були неправомірно захоплені ними.

І суб'єкти, згадані у п. 1, і предмети, названі у п. 2, є об'єктом правомірного заподіяння шкоди при захисті України як тоді, коли вони знаходяться на території України, так і тоді, коли вони знаходяться за її межами: як у державі-агресорі, так і в будь-якій іншій державі чи за межами будь-якої. З огляду на це в умовах нинішньої війни слід визнавати правомірним, наприклад, знищення чи заподіяння іншої шкоди на території самої Росії чи в будь-якій іншій точці світу:

1) російського політичного чи військового керівництва, причетного до розв'язання і ведення агресії, а також російських військових, незалежно від того, беруть вони безпосередню участь в агресії чи ні;

2) російської військової техніки, військових баз, військових складів (у тому числі – збройних, паливних, продуктових тощо), транспортних комунікацій, що використовуються для військових перевезень, тощо.

Неоднозначним виглядає питання про правомірність заподіяння іншої шкоди державі-агресору, такої, зокрема, як: підрив її економічної чи банківської системи, інформаційної безпеки, продовольчої безпеки, створення чи стимулювання соціальних конфліктів на її території тощо. Такі діяння, хоч і шкодять агресорові, але явно не охоплюються ні ст. 43-1, ні п. 22 ППП КК. Тому питання про їх правомірність має вирішуватися на підставі ст. 36 (необхідна оборона), 39 (крайня необхідність) та інших КК, а також відповідно до інших норм як національного, так і міжнародного, як писаного, так і природного права.

Заподіяння під час захисту України шкоди іншим суб'єктам, окрім агресора (зокрема: шкоди інтересам України, її громадян чи юридичних осіб;

шкоди інтересам іноземних держав, що не здійснюють агресії проти України, їхнім громадянам чи юридичним особам) не охоплюється складом правомірної поведінки відповідно до ст. 43-1 і п. 22 ППП КК. Питання про правомірність заподіяння такої шкоди також може бути вирішене з урахуванням норм про необхідну оборону, крайню необхідність та інші обставини, що виключають кримінальне правопорушення. І лише за відсутності усіх цих обставин особа, яка заподіяла таку шкоду, може підлягати кримінальній відповідальності.

З об'єктивної сторони поведінка людини, яка реалізує своє право на захист України, визначається двома ознаками – суспільно корисним діянням і часом його вчинення.

Суспільно корисне діяння при цих обставинах, що виключають кримінальне правопорушення, може бути лише активним. Це прямо витікає з п. 22 ППП, де йдеться про «застосування зброї», яке полягає у «веденні стрільби з вогнепальної зброї» (п. 2 Положення). На жаль, у ч. 1 ст. 43-1 КК допущена груба помилка: допускається можливість відсічі збройній агресії та стримування її шляхом бездіяльності. Безумовно, це не так – у бездіяльності ні відсіч агресії, ні стримування її, полягати не можуть.

За своїми зовнішніми (формальними, об'єктивними) властивостями активна дія особи з захисту України збігається з ознаками кримінального правопорушення. Власне, саме через це і постає проблема відмежування такої дії від кримінального правопорушення і виключення кримінальної відповідальності за неї. Зокрема, така дія може підпадати під ознаки убивства, тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, знищення чи пошкодження майна тощо. Водночас, закон вимагає, щоб така дія не підпадала під ознаки «катування чи застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» (ч. 1 ст. 43-1 КК). З одного боку, такі

законодавчі застереження є слушними, адже катування, дійсно, виключає правомірність діяння особи, оскільки здійснюється з метою, відмінною від правомірного захисту України. З іншого боку, є достатньо спірним намагання законодавця поширити на цивільних осіб вимоги щодо законів і звичаїв війни, які міжнародними Конвенціями встановлюються виключно для комбатантів. Навряд чи можна вимагати від приватної особи знання, а відтак – і виконання цих Конвенцій. Підвищені вимоги щодо правил ведення війни можуть стосуватися лише спеціальних суб'єктів (комбатантів) і не можуть поширюватися на осіб, що не володіють цим статусом. Тому якщо така особа при захисті України вчинить діяння, яке формально підпадає під порушення законів і звичаїв війни, то за відповідності усім іншим вимогам, встановленим КК, її діяння має визнаватися правомірним.

Час вчинення. У ч. 1 ст. 43-1 КК визначається така ознака об'єктивної сторони передбаченого нею правомірного діяння, як вчинення його «в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту». У п. 22 ППП нічого подібного не передбачається, але зі змісту ст. 1 закону, яким цей пункт було запроваджено, випливає, що застосування зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, є правомірним лише «у період дії воєнного стану».

Збройний конфлікт – це «збройне зіткнення між державами (міжнародний збройний конфлікт, збройний конфлікт на державному кордоні) або між ворогуючими сторонами в межах території однієї держави, як правило, за підтримки ззовні (внутрішній збройний конфлікт)»⁸. Воєнний стан – це «особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню,

⁸ Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19/print> (п. 7 ч. 1 ст. 1).

військовим адміністраціям та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень»⁹.

У тому, що «період збройного конфлікту» стосується саме часу вчинення діяння, сумнівів немає, а аргументи стосовно того, що «воєнний стан» також є часом, а не обстановкою вчинення діяння, наведені мною в іншій публікації¹⁰. З огляду на це, правомірним слід вважати заподіяння шкоди відповідно до ст. 43-1 КК і п. 22 ППП *під час, коли воєнний стан оголошений хоча б на частині території України*. При чому у будь-який момент воєнного стану – від його введення і до закінчення, незалежно від того, чи в конкретний момент заподіяння ворогові шкоди він чинить якісь активні дії. Більше того, під час воєнного стану шкода може бути правомірно заподіяна як на тих територіях України, де запроваджено воєнний стан, так і на інших її територіях, а також і за межами України.

Окрім того, згідно ч. 1 ст. 43-1 КК правомірним є заподіяння шкоди при захисті України і під час збройного конфлікту (див. вище), коли воєнний стан не оголошувався.

З суб'єктивної сторони правомірне заподіяння шкоди агресорові передбачає належний психо-вольовий контроль особи за вчинюваним нею правомірним діянням, а також визначену законом мету такої дії. *Психо-вольовий контроль* особи за її правомірним діянням під час правомірного заподіяння шкоди агресорові (при вчиненні кримінального правопорушення

⁹ Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12 травня 2015 р. № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19/print> (ст. 1).

¹⁰ Пономаренко Ю. А. Кримінально-правові наслідки запровадження в Україні воєнного стану. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 179–192. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156668>.

аналогічна суб'єктивна ознака називається «вина») полягає в тому, що особа усвідомлює правомірність і суспільну корисність своєї дії, спрямованої на заподіяння шкоди інтересам агресора, передбачає настання для нього шкоди і бажає або свідомо допускає її настання. Крім того, КК визначає також обов'язкову *мету правомірного заподіяння шкоди агресору*, яка у ч. 1 ст. 43-1 КК визначена як «відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни», а в п. 22 ППП – не визначена, проте з урахуванням положень ст. 1 Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України», можна стверджувати, що вона є такою ж самою. Об'єктивне заподіяння ворогові шкоди, але вчинене з іншою метою (наприклад – корисливою), виключає застосування до особи положень ст. 43-1 чи п. 22 ППП КК.

Межі правомірного заподіяння шкоди за наявності обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, визначені достатньо непослідовно. Так, у ч. 1 ст. 43-1 КК правомірним названо заподіяння шкоди «життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію» або невизначеним «правоохоронюваним інтересам». Далі, правда, у ч. 3 тієї ж статті правомірним називається і «пошкодження чи знищення у зв'язку з цим [застосуванням зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових речовин проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України – Ю. П.] майна». Таким чином, будь-яка шкода життю чи здоров'ю агресорів, а також їхньому майну, за наявності підстави і ознак визначених ст. 43-1 КК, є правомірною.

У п. 22 ППП йдеться про те, що «цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України...» (п. 22 ППП). Тобто, встановлюється правомірність самого діяння, проте не визначається вид і обсяг наслідків, що можуть бути ним правомірно заподіяні. У Положенні, що регулює порядок здійснення права, передбаченого п. 22 ППП, правомірним

визнається «знищення зброї, бойової техніки, транспортних або технічних засобів, які перебувають у користуванні осіб, причетних до збройної агресії» та «запобігання та/або припинення діяльності, затримання, роззброєння або знешкодження осіб, причетних до збройної агресії». Отож, можна стверджувати, що п. 22 ППП також визнає правомірним заподіяння шкоди життю, здоров'ю і майну агресора.

При цьому жодних обмежень на обсяг такої шкоди (кількість убитих чи поранених агресорів, кількість чи вартість знищеного їхнього майна) ні ст. 43-1 КК, ні п. 22 ППП не встановлюють. Зрештою, це й не дивно, оскільки держава має заохочувати заподіяння якомога більшої шкоди агресорові задля пришвидшення перемоги над ним. Відтак *правомірним слід вважати заподіяння смерті чи тілесних ушкоджень будь-якій кількості агресорів, знищення чи пошкодження будь-якої кількості майна агресора.*

Відповідальність за перевищення меж правомірного заподіяння шкоди за наявності обставин, що виключають кримінальне правопорушення в умовах воєнного стану, законом не встановлена через те, що будь-яка шкода заподіяна агресорові, завжди визнається правомірною, а отже – і саме перевищення відповідних меж просто неможливе.

Водночас, ч. 4 ст. 43-1 КК передбачає достатньо дивний припис про те, що «Не вважається виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України діяння (дія або бездіяльність), спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, яке явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування, не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу». Передусім, цікавим є набір ознак несхвалюваного законом діяння. Воно (саме діяння, а не заподіяна ним шкода!) повинно володіти сукупно трьома

ознаками:

- 1) явно не відповідати:
 - а) небезпечності агресії або
 - б) обстановці відсічі та стримування,
- 2) не бути необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та
- 3) створити загрозу:
 - а) для життя інших людей
 - б) екологічної катастрофи чи
 - в) настання інших надзвичайних подій більшого масштабу.

Авторові цих рядків важко уявити, яке діяння щодо опору та відсічі агресору (та і яка шкода, заподіяна агресорові), що їх можуть вчинити (заподіяти) цивільні особи, може не відповідати небезпечності агресії проти України. Важко уявити й таку обстановку відсічі та стримування агресії, якій може не відповідати таке діяння цивільної особи. Не вистачає уяви й для того, щоб змодельовати те діяння, яке не буде необхідним «для досягнення значної суспільно корисної мети» (а саме такою метою і є захист Батьківщини) «у конкретній ситуації» відсічі агресорові. Ну і, нарешті, якщо діяння, яким заподіюється шкода агресорові, одночасно створює «загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу [більшого за кого чи за що? – Ю. П.]», то факт створення цієї загрози, з одного боку, не скасовує правомірності заподіяння шкоди агресорові, а з іншого – може бути самостійною підставою кримінальної відповідальності, якщо містить склад самостійного кримінального правопорушення.

Видається, що ч. 4 ст. 34-1 КК побудована на колись відомому лозунгу «бий, але не до смерті» і становить собою конгломерат слів і словосполучень, насмиканих з інших статей розділу VIII Загальної частини КК, еkleктично поєднаних у текст, що не лише теоретично нечитабельний, але й практично

не може бути застосований без порушення прав людини. А відтак може бути лише повторений вище сформульований висновок про *неможливість перевищення меж заподіяння шкоди при захисті України від агресії*.

Викладене дає підстави зробити наступні висновки.

1. Внесені законодавцем дві новели щодо обставин, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану, співвідносяться між собою як загальний (ст. 43-1 КК) і спеціальний (п. 22 ППП) приписи. Своєю чергою, є підстави порушити питання про те, що положення ст. 43-1 КК мають співвідноситися як спеціальні із ще більш загальними положеннями ст. 36 КК, але воно потребує окремого дослідження.

2. При доповненні Кодексу ст. 43-1 КК і п. 22 ППП законодавець припустився низки не лише формальних, а й змістовних неточностей, які, вочевидь, були обумовлені як поспішністю прийняття відповідних законів, так і загальною надвисоконпруженою ситуацією в країні у цей час. Задля їх виправлення та подальшого удосконалення досліджуваних положень потрібне продовження наукових досліджень проблематики виключення кримінальної відповідальності за шкоду, заподіяну цивільними особами при захисті України.

3. Розвиток кримінального законодавства України в частині обставин, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану, може враховувати ідеї, закладені до проєкту закону № 7156, у розробці якого брав участь автор цих рядків як член Робочої групи з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України. Серед іншого, тим законопроєктом було передбачене доповнення КК (замість ст. 43-1 і п. 22 ППП) статтею 36-1 такого змісту:

«Стаття 36-1. Захист України від іноземної агресії»

1. Кожна особа має право на захист України від іноземної агресії усіма доступними їй засобами.

2. Не є кримінальним правопорушенням заподіяння з метою захисту

України будь-якої шкоди іноземній державі-агресору, її організаціям чи представникам, включаючи військовослужбовців її збройних сил, інших воєнізованих чи парамілітарних формувань (за винятком її цивільного населення, що не бере участі в бойових діях)»¹¹.

4. Доповнення Кодексу новими обставинами, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану, можливо й мало невеликий пропагандистський ефект і обмежений стимулюючий вплив на поведінку цивільних осіб, які захищають Україну від російської агресії. Однак, їх регуляторний вплив на правовідносини шляхом застосування органами досудового розслідування чи судами навряд чи буде навіть таким.

5. З огляду на низку відзначених вище суперечностей, неоднозначностей і прогалин, закладених до ст. 43-1 і п. 22 ППП КК, їх можливе правозастосовне тлумачення повинно здійснюватися виключно в інтересах особи, яка захищала Україну. Зокрема, мають бути максимально широко тлумачені положення про підставу, ознаки і межі правомірного заподіяння шкоди ворогові. З іншого боку, має бути абсолютно неприпустимим таке тлумачення, в результаті якого буде встановлена можливість перевищення меж заподіяння шкоди агресорові.

Список використаних джерел

1. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.) та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2011. 1128 с.
2. Навроцький В. Що вчинили Путін & К° щодо України? URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2014/03/13/7018693/>.
3. Пономаренко Ю. А. Кримінально-правові наслідки запровадження в Україні воєнного стану. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 179–192. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156668>.
4. Порядок застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними

¹¹ Проект Закону про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (щодо кримінальної відповідальності осіб під час особливого періоду та в умовах надзвичайного стану): проект закону від 13 березня 2022 р. № 7156. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39213>.

завдань щодо відсічі збройної агресії проти України: Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2018 р. № 828. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-п/print>.

5. Порядок застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України у період дії воєнного стану: Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 р. № 448. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2022-п/print>.

6. Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану: Закон України від 15 березня 2022 р. № 2124-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20/print/>.

7. Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України: Закон України від 3 березня 2022 р. № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20/print>.

8. Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19/print>.

9. Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12 травня 2015 р. № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19/print/>.

10. Проект Закону про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України (щодо кримінальної відповідальності осіб під час особливого періоду та в умовах надзвичайного стану): проект закону від 13 березня 2022 р. № 7156. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39213/>.

REFERENCES

1. Konstytutsiia Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar. (2011). V. Ya. Tatsiy (editor-in-chief) and others.; Nat. acad. of Law Sciences of Ukraine. 2nd ed., reworked. and add. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
2. Navrotskyi, V. Shcho vchynyly Putin & K^o shchodo Ukrainy? URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2014/03/13/7018693/> [in Ukrainian].
3. Ponomarenko, Yu.A. (2019). Kryminalno-pravovi naslidky zaprovadzhennia v Ukraini voiennoho stanu. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 179–192*. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156668> [in Ukrainian].
4. Poriadok zastosuvannia zbroi i boiovoi tekhniky ziednanniamy, viiskovymy chastynamy i pidrozdilamy Zbroinykh Syl pid chas vykonannia nymy zavdan shchodo vidsichi zbroinoi ahresii proty Ukrainy: Approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of October 10, 2018 № 828. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-п/print> [in Ukrainian].
5. Poriadok zastosuvannia tsyvilnymy osobamy vohnepalnoi zbroi pid chas uchasti u vidsichi ta strymuvanni zbroinoi ahresii Rosiiskoi Federatsii ta/abo

inshykh derzhav proty Ukrainy u period dii voiennoho stanu: Approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of April 15, 2022 № 448. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2022-п/print> [in Ukrainian].

6. Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo vyznachennia obstavyn, shcho vykliuchaiut kryminalnu protypravnist diiannia ta zabezpechuiut boiovyi imunitet v umovakh dii voiennoho stanu: Law of Ukraine of March 15, 2022 № 2124-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20/print> [in Ukrainian].

7. Pro zabezpechennia uchasti tsyvilnykh osib u zakhysti Ukrainy: Law of Ukraine of March 3, 2022 № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20/print> [in Ukrainian].

8. Pro natsionalnu bezpeku Ukrainy: Law of Ukraine of June 21, 2018 № 2469-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19/print> [in Ukrainian].

9. Pro pravovyi rezhym voiennoho stanu: Law of Ukraine of May 12, 2015 № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19/print> [in Ukrainian].

10. Proekt Zakonu pro vnesennia zmin i dopovnen do Kryminalnoho ta Kryminalnoho protsesualnoho kodeksiv Ukrainy (shchodo kryminalnoi vidpovidalnosti osib pid chas osoblyvoho periodu ta v umovakh nadzvychainoho stanu): Draft Law № 7156 of March 13, 2022. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39213> [in Ukrainian].

Ponomarenko Yu. A. Novelization of the provisions of the Criminal Code on circumstances that exclude a criminal offense under martial law

The article is devoted to the analysis of lawful behavior of civilians, who during and in order to protect Ukraine cause harm to the aggressor state. Relevant amendments to the Criminal Code of Ukraine (Articles 43-1 and 22 of the Final and Transitional Provisions), which were introduced during the large-scale war with Russia, have been studied.

It has been established that both of these legal norms provide for a subjective right, but not a legal obligation, of an individual (not a combatant) to harm the lives of soldiers and government officials of the aggressor state, property interests of the aggressor state, etc. The basis for a person to exercise this subjective right has been determined. The signs that the lawful behavior of a person defending Ukraine from foreign aggression should correspond to are established. In particular, it is established that such conduct must be directed exclusively against the interests of the aggressor state and may not harm anyone else's interests. The lawful infliction of harm is possible at any time from the imposition of martial law to its termination. The purpose of the lawful establishment of the school is solely to protect Ukraine from foreign aggression.

The limits of lawful infliction of harm to the aggressor are separately analyzed and it is concluded that the current criminal legislation of Ukraine allows

the possibility of inflicting any kind and amount of harm to the aggressor. On this basis, it was concluded that it is impossible to exceed the limits of lawful harm to the aggressor, and hence – the impossibility of criminal liability for exceeding such limits.

A number of recommendations for courts and pre-trial investigation bodies on the practical application of Art. 43-1 and paragraph 22 of the Final and Transitional Provisions of the Criminal Code. Separately formulated and substantiated proposals for amendments to the Criminal Code of Ukraine aimed at improving the analyzed norms.

Key words: *criminal law, military criminal law, circumstances that exclude a criminal offense, criminal liability, martial law.*

УДК 343.35

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.257792>

О. М. Шармар,

канд. юрид. наук, доц.,

доцент кафедри кримінального права
Національної академії внутрішніх
справ

ВИКОНАННЯ ОBOB'ЯЗКУ ЩОДО ЗАХИСТУ ВІТЧИЗНИ, НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЦІЛІСНОСТІ УКРАЇНИ ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ КРИМІНАЛЬНУ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ

Стаття присвячена аналізу законодавчих змін, які стосуються кримінально-правового регулювання відносин, що виникли у зв'язку із введенням воєнного стану на території України внаслідок збройної агресії Російської Федерації, яка почалась 24 лютого 2022 року. Проаналізовано законодавчі положення про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України. Розкрито зміст такої обставини, яка виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, передбаченої ст. 43¹ Кримінального кодексу України (далі – КК). Висвітлено поняття бойового імунітету та його співвідношення з обставиною, яка виключає кримінальну протиправність діяння – діяння, пов'язаного з ризиком. Розкрито законодавчі неузгодженості положень КК і Законів України «Про оборону України» та «Про Національну поліцію» щодо не притягнення особи до кримінальної відповідальності за відсіч ворога в умовах збройної агресії Російської Федерації.

Ключові слова: збройна агресія, правовий режим воєнного стану, обставини, які виключають кримінальну протиправність діяння, бойовий імунітет, зброя.

Постановка проблеми. Питання регулювання кримінально-правових відносин щодо захисту Вітчизни від агресії Російської Федерації та інших країн в умовах воєнного стану вимагають особливої уваги. Висвітлення особливостей обставин, які виключають кримінальну протиправність діяння, за відсіч ворога посилює обороноздатність та безпеку нашої країни.

Стан дослідження. Науковою розробкою цієї проблематики займалися такі дослідники як: М. О. Акімов, Ю. В. Баулін, А. А. Вознюк, І. А. Вартилицька, В. І. Осадчий, В. В. Кузнєцов, В. І. Касинюк, Р. О. Мовчан, Ю. А. Пономаренко, В. О. Навроцький, М. І. Хавронюк та інші.

Стаття присвячується проблемам, які стосуються нових змін до законодавства України про кримінальну відповідальність у зв'язку із введенням воєнного стану на території України 24.02.2022 р., а саме положенням Загальної частини Кримінального кодексу України.

Завдання цієї статті полягає у розкритті змісту такої обставини, яка виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України.

Виклад основного матеріалу. Указом Президента України від 24.02.2022 р. № 64 «Про введення воєнного стану в Україні», що затверджений Законом України від 24.02.2022 р. «Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні»», через початок військового вторгнення Російської Федерації на територію України в державі був введений воєнний стан, що призвело до низки кримінально-правових наслідків. Станом на тепер виникає необхідність в ефективності регулювання кримінально-правових відносин в частині застосування обставин, які виключають кримінальну протиправність діяння, звільнення осіб від кримінальної відповідальності, які здійснюють відсіч ворога. Враховуючи концепцію побудови обставин, які виключають кримінальну протиправність діяння, наприклад деякі наковці, зокрема В. О. Навроцький, вважають, що у випадку, коли особа в умовах воєнного стану захищає свої законні права та інтереси, то для оцінки її дій у КК достатньо обставин, які виключають кримінальну протиправність діяння, таких як необхідна оборона (ст. 36 КК) та крайня необхідність (ст. 39 КК). Інші науковці звертали увагу на необхідність доповнення розділу VIII Загальної частини КК «Обставини, які виключають кримінальну протиправність діяння» обставиною, яка виключає кримінальну протиправність за діяння, вчинене в умовах воєнного стану¹.

¹ Вартилицька І. А., Шармар О. М. Особливості кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинених в умовах воєнного стану та особливого періоду. *Вісник Асоціації кримінального права України: електрон. наук. вид.* / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права».

Позиція законодавця виразилася у тому, що 03.03.2022 р. було прийнято Закон України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 03.03.2022 р. № 2114-IX, який набрав чинності 07.03.2022 р.². Згідно з цим Законом у період дії воєнного стану громадяни України, а також іноземці та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України (далі – цивільні особи), можуть брати участь у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав, у тому числі отримати вогнепальну зброю і боєприпаси до неї відповідно до порядку та вимог, встановлених Міністерством внутрішніх справ України.

У період дії воєнного стану громадяни України можуть брати участь у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав, застосовуючи власну нагородну зброю, спортивну зброю (пістолети, револьвери, гвинтівки, гладкоствольні рушниці), мисливську нарізну, гладкоствольну чи комбіновану зброю та бойові припаси до неї (ст. 4 Закону № 2114-IX). Цивільні особи не несуть відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована на підставі та в порядку, визначених ст. 1 та ст. 4 цього Закону (ст. 4 Закону № 2114-IX).

У подальшому законодавець вирішив, що цей закон повною мірою не врегулював відносини, які склалися в частині обставин, які виключають кримінальну протиправність діяння в умовах воєнного стану і 15.03.2022 р. і прийняв Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану» № 2124-IX. Цим Законом до КК було

Харків: [б. в.], 2021. Вип. 1(15). С. 195; Вознюк А. А. Актуальні проблеми кримінально-правового впливу на учасників не передбачених законами України воєнізованих або збройних формувань. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 2. С. 43–46.

² Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України: Закон України від 03.03.2022 р. № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20#Text> (дата звернення: 01.05.2022 р.).

включено ст. 43¹ «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України»³.

Згідно з ч. 1 ст. 43¹ КК не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, якщо це заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію, або заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, за відсутності ознак катування чи застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Частина 2 статті 43¹ КК закріплює, що кожна особа має право на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України незалежно від можливості уникнення зіткнення, заподіяння шкоди або звернення за допомогою до інших осіб чи органів державної влади, Збройних Сил України.

Аналізуючи закріплене положення щодо «права на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України» можна констатувати, що воно повною мірою не узгоджується з конституційними положеннями. Так, відповідно до ст. 65 Конституції України захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів є обов'язком громадян України. Громадяни відбувають військову службу відповідно до закону. Згідно зі ст. 23 Конституції України кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її

³ Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану: Закон України від 15.03.2022 р. № 2121-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20#n14/> (дата звернення: 01.05.2022 р.)

особистості. Отже, у ст. 43¹ КК захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України розглядається як право особи і як обов'язок. Водночас існує кримінальна відповідальність за ухилення від призову на військову службу під час мобілізації, на особливий період, на військову службу за призовом осіб із числа резервістів в особливий період (ст. 336 КК). Тому закономірно виникає запитання захист Вітчизни це право чи обов'язок для кожного громадянина України?

У ч. 3 ст. 43¹ КК закріплено, що особа не підлягає кримінальній відповідальності за застосування зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових речовин проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, та за пошкодження чи знищення у зв'язку з цим майна. Частина 4 статті 43¹ КК передбачає, що не вважається виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України діяння (дія або бездіяльність), спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, яке явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування, не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу.

Крім цих новел ст. 1 Закону України «Про оборону України» було доповнено визначенням *бойового імунітету*, який означає звільнення військового командування, військовослужбовців, добровольців Сил територіальної оборони Збройних Сил України, працівників правоохоронних органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України, осіб, визначених Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України», від відповідальності, у тому числі кримінальної, за втрати особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, наслідки застосування збройної та іншої сили під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації)

збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння), настання яких з урахуванням розумної обачності *неможливо було передбачити* при плануванні та виконанні таких дій (завдань) або які охоплюються виправданим ризиком, крім випадків порушення законів та звичаїв війни або застосування збройної сили, визначених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

Необхідно зауважити, що використання в цьому формулюванні слів «*неможливо було передбачити*» означає відсутність необережної форми вини. Відповідно до ч. 2 ст. 25 КК необережність є кримінально протиправною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити. Відсутність вини означає відсутність складу кримінального правопорушення та підстави кримінальності відповідальності. Отже, неможливо звільнити особу від кримінально протиправного діяння, якого вона не вчиняла, як це пропонується законодавцем у понятті бойовий імунітет.

Слід зазначити, що поняття виправданого ризику використовується не лише в понятті бойовий імунітет, а й в КК. Не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети (ч. 1 ст. 42 КК). Ризик визнається виправданим, якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднаною з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам (ч. 2 ст. 42 КК). Ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій (ч. 3 ст. 42

КК). Аналізуючи зміст бойового імунітету і виправданого ризику обґрунтованою є позиція М. І. Хавронюка, що умови бойового імунітету не охоплюються положеннями, передбаченими ч. 3 ст. 42 КК.

Не вважається виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України діяння (дія або бездіяльність), спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, яке явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування, не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу (ч. 4 ст. 43¹ КК).

Отже, неузгодженості, які склалися в ході формування положень КК і Закону України «Про оборону України» зумовлюють конкуренцію норм і викликають запитання, які положення потрібно застосовувати у процесі кримінально-правової оцінки. У цьому випадку при застосуванні закону вважаю за необхідне віддавати перевагу обставинам, які виключають кримінальну протиправність діяння, що передбачені КК.

У наведених законодавчих положеннях вживаються терміни зброя, озброєність. У цьому аспекті необхідно зазначити, що в Україні відсутній закон, який врегульовує суспільні відносини, пов'язані з її використанням. Згідно з наказом МВС «Про затвердження Інструкції про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної, холодної і охолощеної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами несмертельної дії, та патронів до них, а також боєприпасів до зброї, основних частин зброї та вибухових матеріалів» від 21.08.98 р. № 622 «вогнепальна зброя» – це зброя, призначена для ураження цілей снарядами, що одержують

спрямований рух у стволі (за допомогою сили тиску газів, які утворюються в результаті згоряння метального заряду) та мають достатню кінетичну енергію для ураження цілі, що знаходиться на визначеній відстані⁴.

Згідно з п. «а» ст. 3 «Протоколу проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, який доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності» від 31.05.2001 р. «вогнепальна зброя» означає будь-яку переносну ствольну зброю, яка спричинює постріл, призначена або може бути легко пристосована для спричинення пострілу чи прискорення кулі або снаряду за рахунок енергії вибухової речовини, за винятком старовинної вогнепальної зброї або її моделей. Старовинна вогнепальна зброя та її моделі визначаються відповідно до національного законодавства. Однак старовинна вогнепальна зброя в жодному разі не включає вогнепальної зброї, виготовленої після 1899 р.⁵.

Поряд з викладеними змінами до КК, які стосуються захисту Вітчизни, 15.03.2022 р. внесено зміни до Законів України «Про Національну поліцію» та «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України». У зв'язку з цим у ч. 9 ст. 42 Закону України «Про Національну поліцію» було закріплено положення такого змісту: «з метою оптимізації діяльності поліції, у тому числі під час дії воєнного стану поліцейський має право застосовувати заходи примусу, передбачені цією статтею стосовно осіб, які беруть участь у збройній агресії проти України, без врахування вимог та заборон,

⁴ Про затвердження Інструкції про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної, холодної і охолощеної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії, та патронів до них, а також боєприпасів до зброї, основних частин зброї та вибухових матеріалів: наказ МВС від 21.08.1998 р. № 622. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0637-98#Text> (дата звернення: 23.05.2022 р.)

⁵ Протокол проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, який доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (укр/рос) від 31.05.2001 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_792#Text (дата звернення: 10.05.2022 р.).

передбачених ст. 43, частинами четвертою та п'ятою ст. 45, а також частиною дев'ятою ст. 46 цього Закону»⁶.

Вважаю, що це положення не узгоджено з положеннями ч. 1 ст. 43¹ КК, так як в ч. 9 ст. 42 Закону України «Про Національну поліцію» мова йде лише про умови воєнного стану, але не враховано наявність збройного конфлікту з країною-агресором за відсутності введення правового режиму воєнного стану. Тому необхідно ч. 9 ст. 42 Закону України «Про Національну поліцію» викласти в наступній редакції: *«з метою оптимізації діяльності поліції, у тому числі під час дії воєнного стану або збройного конфлікту, поліцейський має право застосовувати заходи примусу, передбачені цією статтею стосовно осіб, які беруть участь у збройній агресії проти України, без врахування вимог та заборон, передбачених ст. 43, частинами четвертою та п'ятою ст. 45, а також частиною дев'ятою ст. 46 цього Закону»*. При конкуренції положень КК і Закону України «Про Національну поліцію» необхідне керуватися обставинами, які виключають кримінальну протиправність діяння, зокрема положеннями ст. 43¹ КК.

Висновки. Отже, у ст. 43¹ КК захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України розглядається як право особи і як обов'язок. Аналізуючи поняття бойового імунітету необхідно зазначити, що використання в ньому формулювання «неможливо було передбачити» означає відсутність необережної вини. Відсутність вини означає відсутність складу кримінального правопорушення та підстави кримінальності відповідальності. Тому можна констатувати наступне – неможливо звільнити особу від кримінально протиправного діяння, яке вона не вчиняла як це пропонується законодавцем у понятті бойовий імунітет. Зміст бойового імунітету і виправданого ризику не охоплюється положеннями, передбаченими ч. 3 ст. 42 КК. Неузгодженості, які склалися в ході

⁶ Про внесення змін до законів України «Про Національну поліцію» та «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України» від 15.03.2022 р. № 2123-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2123-20#Text> (дата звернення: 10.05.2022 р.).

формування положень КК і Законів України «Про оборону України» та «Про Національну поліцію», зумовлюють конкуренцію норм. Тому в процесі кримінально-правової оцінки необхідно застосовувати положення КК.

Список використаних джерел

1. Вартилецька І. А., Шармар О. М. Особливості кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинених в умовах воєнного стану та особливого періоду. *Вісник Асоціації кримінального права України*: електрон. наук. вид. / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права». Харків: [б. в.], 2021. Вип. 1(15). С. 91–206.

2. Вознюк А. А. Актуальні проблеми кримінально-правового впливу на учасників не передбачених законами України воєнізованих або збройних формувань. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 2. С. 40–49.

3. Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України: Закон України від 03.03.2022 р. № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20#Text> (дата звернення: 01.05.2022 р.).

4. Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану: Закон України від 15.03.2022 р. № 2121-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20#n14/> (дата звернення: 01.05.2022 р.).

5. Про затвердження Інструкції про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної, холодної і охолощеної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами не смертельної дії, та патронів до них, а також боєприпасів до зброї, основних частин зброї та вибухових матеріалів: наказ МВС від 21.08.1998 р. № 622. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0637-98#Text> (дата звернення: 23.05.2022 р.).

6. Протокол проти незаконного виготовлення та обігу вогнепальної зброї, її складових частин і компонентів, а також боєприпасів до неї, який доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (укр/рос) від 31.05.2001 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_792#Text (дата звернення: 10.05.2022 р.).

7. Про внесення змін до законів України «Про Національну поліцію» та «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України» від

15.03.2022 р. № 2123-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2123-20#Text> (дата звернення: 10.05.2022 р.).

REFERENCES

1. Vartyletska, I.A., Sharmar, O.M. (2021). Features of qualification of criminal offenses committed in martial law and special period. Bulletin of the Association of Criminal Law of Ukraine: electronic. Science. kind. / Nat. jurid. Univ. Yaroslav the Wise, Communities. org. «All-Ukrainian. assoc. crime. rights». Kharkiv: [b. v.], Issue of the magazine. 1 (15), 91–206 [in Ukrainian].
2. Vozniuk, A.A. (2015). Actual problems of criminal-legal influence on participants of paramilitary or armed formations not provided by the laws of Ukraine. *Legal Journal of the National Academy of Internal Affairs*, 2, 40–49 [in Ukrainian].
3. On ensuring the participation of civilians in the defense of Ukraine: Law of Ukraine dated March 03, 2022 No. № 2114-IX URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20#Text> (Date of May 01, 2022) [in Ukrainian].
4. On Amendments to the Criminal Code of Ukraine and Other Legislative Acts of Ukraine to Determine Circumstances That Exclude Criminal Unlawfulness of an Act and Ensure Combat Immunity in Martial Law: Law of Ukraine of March 15, 2022 No. 2121-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2124-20#n14/> (Date of May 01, 2022) [in Ukrainian].
5. On approval of the Instruction on the procedure for manufacture, purchase, storage, accounting, transportation and use of firearms, pneumatic, melee and melee weapons, devices of domestic production for firing cartridges equipped with rubber or similar properties of non-lethal metal shells and cartridges to them, and also ammunition for weapons, main parts of weapons and explosives: order of the Ministry of Internal Affairs, August 21, 1998 No. 622. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0637-98#Text> (Date of May 23, 2022) [in Ukrainian].
6. Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UKR / Russia) Date of May 31, 2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_792#Text (Date of May, 10, 2022) [in Ukrainian].
7. On Amendments to the Laws of Ukraine «On the National Police» and «On the Disciplinary Statute of the National Police of Ukraine» in order to optimize the activities of the police, including during martial law: Law of Ukraine of March 15, 2022 No. 2123-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2123-20#n97> (Date of May 23, 2022) [in Ukrainian].

Sharmar O. M. Fulfillment of the obligation to protect the Matherland, independence and territorial integrity of Ukraine as a circumstance that excludes criminal wrongfulness of the act

The article is devoted to the analysis of legislative changes related to the criminal law regulation of relations arising in connection with the imposition of martial law on the territory of Ukraine as a result of the armed aggression of the Russian Federation on February 24, 2022. Legislative provisions on ensuring the participation of civilians in the defense of Ukraine are analyzed. The content of the circumstance that excludes the criminal illegality of the act of fulfillment of the duty to protect the Matherland, independence and territorial integrity of Ukraine, provided for in Article 43¹ of the Criminal Code of Ukraine. The concept of combat immunity and its relationship with the circumstance that excludes the criminal illegality of the act – the act associated with risk. Combat immunity is the release from military responsibility of military command, servicemen, volunteers of the Territorial Defense Forces of the Armed Forces of Ukraine, law enforcement officers who, in accordance with their powers, participate in the defense of Ukraine, persons defined by the Law of Ukraine, including criminal, for the loss of personnel, military equipment or other military property, the consequences of the use of armed and other force in repelling armed aggression against Ukraine or the elimination (neutralization) of armed conflict, other defense tasks of Ukraine using any types of weapons (weapons), the occurrence of which with reasonable care could not be foreseen in the planning and implementation of such actions (tasks) or covered by justified risk, except in cases of violation of laws and customs of war or use of force under international treaties, viscosity of which is provided by the Verkhovna Rada of Ukraine». It is argued that the use of the phrase «impossible to predict» in the concept of combat immunity means the absence of negligent guilt and the composition of the criminal offense. Legislative inconsistencies between the provisions of the Criminal Code of Ukraine and the Law of Ukraine «On Defense», the Law of Ukraine «On the National Police» on non-prosecution for repelling the enemy in the face of armed aggression of the Russian Federation are analyzed.

Key words: *armed aggression, legal regime of martial law, circumstances that exclude criminal illegality of the act, combat immunity, weapons.*

УДК 343.2:34.01

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.257510>

Л. Ю. Тимофєєва,
канд. юрид. наук, доцент кафедри
кримінального права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ПРИНЦИПИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ЇХ РЕАЛІЗАЦІЯ В УМОВАХ ВІЙНИ

Розглянуто питання реалізації принципів кримінального права в умовах війни.

Основна ідея, сутність і цінність кримінального права полягає у захисті основних прав і встановленні справедливого покарання за їх порушення. Справедливе покарання має відповідати принципам кримінального права. Сенс кримінального права виражається через його принципи. Серед них – принципи гуманізму, законності, пропорційності, індивідуалізації та диференціації кримінальної відповідальності.

Встановлено, що основна ідея існування принципів кримінального права в їх комплексній та збалансованій реалізації щодо суб'єктів кримінально-правових відносин. Ця вимога поширюється на рівень правотворчості і правозастосування, як в мирний, так і у воєнний час.

Проблема, з якою стикнулась Україна, стосується не окремо взятої країни, а всього людства. Після агресивних воєнних дій відносно України є загроза безпеці інших країн світу, якщо не виробити ефективний механізм протидії. Встановлено, що будь яке озброєне вторгнення на територію іншої держави у 21 сторіччі є посяганням не тільки на територіальну цілісність. Це посягання на європейські цінності. Ці цінності вибудовувались сторіччями як відповідь на досвід війни.

Наявність права та закону є цінністю. Коли закон кодифікований, структурований, зрозумілий та чіткий, людина може співставляти свою поведінку з цим законом. Якщо людина обирає вчинити злочин, вона робить це враховуючи усвідомлення протиправності такого діяння та наявності відповідного покарання або заходу кримінально-правового характеру за таке діяння. Отже, уряд у такому випадку має всі моральні та законні підстави притягати таку людину до кримінальної відповідальності.

Встановлено необхідність додержання стандартів прав людини при притягненні до кримінальній відповідальності осіб, які вчинили злочини проти людства та були до цього причетні. Цивілізований світ має відповідати та забезпечувати безпеку цивілізованими методами.

Ключові слова: принципи кримінального права, справедливе покарання, європейські цінності, воєнні злочини, правозастосування.

Постановка проблеми. Незважаючи на міжнародні документи, які спрямовані на захист прав людини, норми національного законодавства, дипломатичні відносини та домовленості, Російська Федерація почала активні бойові дії на території України.

Наразі як ніколи постає питання доцільності законодавства, міжнародних договорів. Питання цінності таких документів, цінності наукових досліджень в цій сфері, питання цінності та призначення кримінального права, а також його принципів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Акцент на елементах проблеми, які не вирішені раніше і підлягають вирішенню. Багато вчених та науковців досліджували питання принципів кримінального права. Зокрема, В. О. Гацелюк здійснив комплексне дослідження реалізації принципу законності кримінального права України (м. Луганськ, 2006 р.), Н. А. Орловська у своїх дослідженнях розкрила проблематику принципів побудови кримінально-правових санкцій (м. Одеса, 2011), С. П. Погребняк розглянув питання змістовної характеристики основоположних принципів права (Харків, 2008). В. О. Туляков дослідив особливості принципу законності в практиці ЄСПЛ, М. І. Хавронюк досліджує принципи кримінального права в контексті його реформування, В. В. Шаблистий розглянув питання принципів кримінального права в контексті його безпекового виміру (м. Дніпропетровськ, 2015 р.). Крім того, окремі питання теоретичного осмислення та розвитку гуманізму в галузі кримінального права досліджували сучасні українські дослідники кримінального права Д. О. Балобанова, Ю. В. Баулін, М. І. Панов, Є. О. Письменський, Ю. А. Пономаренко, Н. А. Савінова, П. Л. Фріс, О. В. Харитонова, П. В. Хряпінський та інші вчені та науковці.

Визначення проблеми. Питання реалізації принципів кримінального права набуває нового змісту у зв'язку із війною в Україні.

Метою роботи є удосконалення кримінального законодавства в частині реалізації принципів кримінального права.

Виклад основного матеріалу. Будь які сенси у житті людини мають реалізуватись із додержанням принципу людяності. Адже людяність є особливістю людини, яка відрізняє її від тварини. На думку В. Франкла, здійснюючи сенс, людина реалізує сама себе. Здійснюючи же зміст, укладений в стражданні, ми реалізуємо саме людське в людині. Саме там, де ми безпорадні і позбавлені надії, будучи не в змозі змінити ситуацію, – саме там ми покликані, відчуваємо необхідність змінитися. Людина завжди вирішує, чи хоче вона реалізувати певний сенс. Здійснення сенсу завжди включає в себе прийняття рішення¹. У той же, час В. Франкл зазначає, що людина – це істота, яка завжди може сказати «ні» своїм пристрастям і яка не має завжди говорити їм «так». Коли вона говорить їм «так», це відбувається завжди лише шляхом ідентифікації з ними².

Як зазначає Е. Тоффлер, було б нерозумно вважати, що фундаментально змінені матеріальні умови життя не зачіпають особистість або, точніше, соціальний характер. Змінюючи глибинні структури суспільства, ми також змінюємо людей. Навіть якщо хтось вірить в якусь постійну людську природу, суспільство все ж винагороджує і виробляє певні риси характеру і карає інші, що призводить до еволюційних змін деяких рис характеру людини. Риси характеру «людини майбутнього» виникають не тільки під впливом зовнішнього тиску на людей. Вони породжуються напругою, що існує між внутрішніми потребами або бажаннями багатьох індивідів і зовнішніми потребами або тисками суспільства. Але,

¹ Frankl V. Man's Search For Meaning. / translator Ильзе Лаш. Ebury Press, 2008. 1946. 160 p., p. 13.

² Свобода являє собою свободу по відношенню до трьох речей, а саме: 1. По відношенню до пристрастей (схильностей, потягів). 2. По відношенню до спадковості. 3. По відношенню до середовища. / Frankl V. Man's Search For Meaning. / translator Ильзе Лаш. Ebury Press, 2008. 1946. 160 p.

сформувавшись одного разу, ці загальні риси характеру впливають на економічний і соціальний розвиток суспільства³.

Війна є високою ціною, але вона показує чи готова людина переступити через «людські цінності» та вчинити злочин. Чи готова вона продавати гуманітарну допомогу своїм співвітчизникам, чи готова виманювати гроші під виглядом волонтерської діяльності, коригувати вогонь ворога та передавати йому інформацію. Та як людина, суспільство в цілому, міжнародна спільнота можуть своїми діями реалізувати принципи та цінності, закладені в законодавство, зокрема, європейське та міжнародне.

Принцип презумпції знання закону передбачає, що кожна людина має знати за що настає кримінальна відповідальність. Це одна з вимог «суспільного договору» (Ж. Ж. Руссо). За порушення «домовленостей» має невідворотно наставати відповідальність. Саме для цього були прийняті міжнародні договори, конвенції щодо захисту фундаментальних прав людини.

Поняття злочину та покарання є умовними. Вони змінюються протягом часу. Основна ідея в тому, щоб перелік злочинів та покарань за них був чітко та однозначно сформульований в законодавстві. Кожен має мати змогу знати за що в державі передбачено кримінальну відповідальність, розуміти сутність того, за що передбачено кримінальну відповідальність. *Принцип презумпції невинуватості* полягає не в тому, що людина має здогадуватись про те, що думав законодавець, приймаючи ту чи іншу норму, що він мав на увазі та чому норма не була належним чином доведена до громадян через відповідні офіційні джерела. Законодавець має закріпити норму чітко та зрозуміло.

Також пов'язаний із цим підхід класичної школи кримінального права «за злочин – покарання». Він базується на тому, що держава реагує кримінально-правовими засобами саме на вчинене діяння, яке передбачено як злочин в чинному кримінальному законі. Ніхто не може бути покараний за

³ Тоффлер Э. Третья волна. Москва: ООО «Фирма «Издательство АСТ», 2004. С. 259.

думки, за почуття, за мислення як таке. Гете у «Фаусті» зазначав що думка не може творити та діяти, отже початок буття у діянні.

Притягатись до кримінальної відповідальності може тільки людина, яка вчинила кримінально-протиправне діяння, яке визначено як злочин в кримінальному законі держави. Вона має чітко та однозначно знати про таку відповідальність. І якщо вже вчинила злочин, то підлягати відповідальності у визначеному законом порядку. В сучасному кримінальному праві *принцип визначеності* є одним з основних його принципів. У ч. 2 ст. 7 Конвенції з захисту прав людини та основоположних свобод 1950 р. передбачено, що ця стаття не є перешкодою для судового покарання будь-якої особи за будь-яке діяння або за бездіяльність, які на час їх вчинення становили кримінальне правопорушення відповідно до *загальних принципів права, визнаних цивілізованими країнами*.

Принцип гуманізму виражається в тому, що людина, яка вчиняє злочин, в тому числі воєнний, або злочин проти людяності, все ще людина з її правами та свободами⁴. Людина, яка переступила закон. Держава має відреагувати на діяння людини. Але таке «реагування» не має перетворюватись на злочин. Також ми сподіваємось її виправити тими засобами, які передбачені кримінальним законом. Це є метою покарання згідно до ст. 50 КК.

Жодна людина не має піддаватись катуванню, нелюдському чи такому, що принижує честь та гідність, поводженню (ч. 3 ст. 50 КК). Катування та нелюдське поводження прямо заборонено ст. 3 Конвенції із захисту прав та основоположних свобод 1950 р.

З цього принципу також витікають положення ст. 3 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 р., згідно якої з особами, які не беруть активної участі у воєнних діях, зокрема, з тими

⁴ Тімофєєва Л. Ю. Гуманістична парадигма: досвід, виклики та перспективи кримінального права України: монографія. Передмова В. О. Тулякова. Харків: Право, 2020. 280 с.

особами зі складу збройних сил, які склали зброю, а також тими, які припинили участь у воєнних діях у зв'язку з хворобою, пораненням, триманням під арештом чи з будь-якої іншої причини, поводяться за будь-яких обставин гуманно, без будь-якої дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, релігії чи вірування, статі, походження чи майнового становища, чи будь-якими іншими аналогічними критеріями⁵.

Учасники бойових дій в Україні мають суворо дотримуватися чинних норм міжнародного гуманітарного права. І хоча важко говорити про справедливість та доцільність війни та кровопролиття людей, але саме дотримання завчасно відомих правил та домовленостей ставить сторони в більш-менш зрозумілі норми.

Жодна особа не має права на вчинення злочинів, що належать до юрисдикції Міжнародного кримінального суду, в тому числі і Україна, на території якої відбуваються ці жахливі події та громадяни цієї держави. Українці часто демонструють невдоволення щодо гуманного відношення з полоненими, щодо їх годування, забезпечення гігієнічних норм, забезпечення необхідним одягом та ліками. Але якщо українці будуть поводитись з ними жорстоко, зі сторони України також буде порушення міжнародних норм, зокрема ратифікованої Україною Женевської конвенції.

Також багато виникає проблем, якщо слідувати вимогам Женевської Конвенції, оскільки бюджету на це не вистачає. Разом з тим, не можна відступати від заборони катування в жодному випадку. У контексті нелюдського поводження, тлумачення якого час від часу розширюється, враховуючи динамічний характер Конвенції, необхідно забезпечити надання необхідної медичної допомоги, харчування, предметів гігієни. Також слід враховувати, що фактично військовослужбовці РФ вчиняють кримінальне правопорушення, передбачене ст. 332-2 КК «Незаконне перетинання

⁵ Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 р. (Конвенцію ратифіковано із застереженнями Указом ПВР УРСР від 03.07.1954). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text.

державного кордону України». Тобто їх можна притягати до кримінальної відповідальності за цією статтею і це не буде порушувати жоден з принципів кримінального права, забезпечувати реалізацію *невідворотності кримінально-правового реагування*. Крім того, до такої відповідальності необхідно підходити *індивідуалізовано*, з дотриманням *принципу особистої винуватої відповідальності та гарантій захисту*.

Принцип гуманізму щодо потерпілого. У Директиві 2012/29/EU Європейського Парламенту та Ради від 25 жовтня 2012 р., яка запроваджує мінімальні стандарти щодо прав, підтримки і захисту потерпілих від злочинів, зазначено, що жертви злочинів вимагають до себе шанобливого, коректного і професійного ставлення і поводження, що виключає будь-яку дискримінацію. Разом з тим, такі права та гарантії потерпілого не враховані ні законодавством, ні практикою. У Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою, прийнятої резолюцією 40/34 Генеральної Асамблеї від 29 листопада 1985 р., закріплено, що до жертв слід ставитися із співчуттям та поважати їх гідність. Вони мають право на доступ до правосуддя та компенсацію за завдану шкоду (п. 4). Крім того, вказується необхідність включення реституції в якості одного із заходів покарання у кримінальних справах на додаток до інших кримінальних санкцій.

Як ніколи це актуально у зв'язку з війною, оскільки потерпілі мають отримати відповідну компенсацію та реституцію. Зокрема, йдеться про сім'ї загиблих, людей, які втратили житло або житло яких було зруйновано, у яких було викрадене або пошкоджене майно. Згвалтовані жінки та діти також потребують відповідної психологічної допомоги. Компенсацію щодо втраченого житла мають отримати не тільки громадяни, які втратили його після подій 24 лютого 2022 року, але також вимушені переселенці з Луганської та Донецької областей, які втратили свій дім ще в 2014 році.

Також слід звертати увагу не тільки на воєнні злочини зі сторони агресора, а також інші злочини, кількість яких не зменшується у зв'язку з війною. Але вони потребують ретельної фіксації та розслідування.

Також слід зазначити, що проблеми, пов'язані з потерпілими особливо проявляються у надзвичайних ситуаціях, зокрема під час воєнного стану. Такі ситуації демонструють невідповідність держави до викликів, пов'язаних із забезпеченням прав та свобод людини та громадянина в непередбачуваних умовах, сприйняття державою конкретної людини та шкоди, яка їй заподіяна в процесі вчинення кримінального правопорушення. Окремої уваги потребують заходи компенсації жертвам від війни.

Згідно до Рекомендації СМ / Rec (2018) 8 від 3 жовтня 2018 р. необхідно посилити участь зацікавлених сторін, включаючи жертву та злочинця, інших постраждалих сторін та широкої спільноти, у вирішенні та усуненні шкоди, заподіяної злочином. Про це також зазначається у більш ранніх рекомендаціях, зокрема у Рекомендації № R (99) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам – членам Ради, які зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах від 15 вересня 1999 р.

Прийде час, коли необхідно буде говорити про перехідне правосуддя. Потрібно щоб пройшло багато років та змінилися покоління, щоб люди пробачили. Зокрема, діалоги порозуміння з Німеччиною щодо II Світової війни вже відбувались. Щодо цього існують окремі діалогові проєкти.

Війна з РФ зараз триває. Тому про такі діалоги говорити не на часі. Але одна із засад відновного правосуддя, яка вимагає, щоб жертва була почутою, а її досвід насилля визнаний, вже реалізується. Весь світ бачить, що насправді відбувається, слідкує за новинами, висвітлює це в своїх країнах, спілкується з українськими біженцями, свідками воєнних злочинів, підтримує та визнає це «воєнними злочинами», «злочинами проти людяності», «злочинами агресії», визнає досвід насилля окремих людей та висвітлює їх історії насилля. Дівчата у Німеччині та Вільнюсі стали на

підтримку зґвалтованих жінок у Бучі, у всьому світі проходять мітинги на підтримку України.

Розслідування воєнних злочинів та робота міжнародних інституцій не така швидка. Але світ вже реагує тими засобами, якими може. Для потерпілих це надзвичайно важливо щоб досвід насилля був визнаний.

Разом з тим, вищезазначене не означає нівелювання ролі особи, яка вчинила кримінальне правопорушення та порушення її прав та гарантій. Реалізація кримінально-правового впливу та захист прав потерпілих не має перетворюватись на кримінальне правопорушення щодо інших осіб. Є достатньо законних процедур притягнення до відповідальності, застосування міжнародних та європейських санкцій.

Принцип невідворотності кримінальної відповідальності. Весь світ жахається від звірств, які були у Бучі, зґвалтувань на очах у дітей, зґвалтувань дітей. Вижили деякі очевидці та жертви цих звірств. А Путін та російське керівництво наполягає, що цього не було.

Весь світ жахається від руйнувань Харкова, Херсону та Маріуполя, звірських злочинів, вчинених в Бучі, зґвалтувань та катувань громадян. Непоправно зруйновано Харків, його архітектурну та культурну спадщину. Люди, які залишились, вимушені були жити в метрополітені.

11 квітня 2022 р. підтвердилась інформація щодо застосування хімічної зброї в Маріуполі. 23 квітня 2022 р. напередодні Великодня було нанесено ракетні удари по Одесі, одна з яких влучила в житловий будинок. Внаслідок цього загинуло 9 мирних жителів, серед яких є тримісячна дитина, зруйновано квартири громадян. 24 квітня на Великдень також були обстріли Донецької та Луганської області, обстріли церков. 9 травня в Одесі ракета влучила у Торговий центр. Через комендантську годину на території знаходились охоронці, які постраждали, у житлових будинках поряд з Торговим центром вибуховою хвилею вибило вікна. Жоден з обстрілів не визнається стороною агресора.

На всі ці злочини має бути відповідна реакція міжнародних інституцій та держави. Офіс прокурора Міжнародного кримінального суду з 28 лютого 2022 р. почав розслідування щодо ситуації в Україні. 13 квітня 2022 р. прокурор Міжнародного кримінального суду відвідав «Бучу» в Київській області як місце вчинення воєнних злочинів. Але уряд РФ продовжує наполягати, що всі ці трупи в «Бучі» є інсценуванням США.

Важливо, що кожне діяння, та діяння кожної людини кваліфікуються окремо. Це не злочини одного лише Путіна, не лише одних командирів, які віддавали накази. Кожне діяння має особливості, отже має оцінюватись індивідуалізовано та з дотриманням *принципу особистої винуватої відповідальності*. За чинним КК України немає колективної відповідальності. Кожне діяння вчиняється конкретною людиною.

Людська поведінка залежить як від зовнішніх (наприклад, наказ), так і внутрішніх факторів. До внутрішніх (суб'єктивних) факторів відносяться наявність вини, тобто можливість усвідомлювати кримінальну протиправність діяння, передбачати настання наслідків та бажати їх настання; мета, мотив, емоційний стан.

Криміналізація колабораційної діяльності (ст. 111-1 КК) згідно із Законом № 2108-ІХ від 03.03.2022 р. також не суперечить цьому принципу оскільки людина має усвідомлювати, що такою діяльністю сприяє вчиненню воєнних злочинів стороною країни агресора. Кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність передбачена в кримінальному законодавстві інших країн, зокрема КК Литви.

При визначенні міри покарання за воєнний злочин Суд має обов'язково враховувати, що будь-яке покарання першочергово повинно «відобразити винність засудженого». При цьому Суд, крім вини й тяжкості злочину, враховує: ступінь нанесеної шкоди потерпілим та їх родинам; характер «протизаконної поведінки» та засоби, що використовувалися при вчиненні воєнного злочину; «ступінь умислу»; фактори, що стосуються способу, часу і

місця скоєння злочину; вік, рівень освіти, соціальний та економічний стан особи, яку визнали винною; пом'якшуючі та обтяжуючі обставини.

Згідно із Законом «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану» № 2160-IX від 24.03.2022 р. КК доповнено статтею 114-2 «Несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану». Особливості інформаційної ери пов'язані із спрощенням фіксування та передачі інформації. Отже, багато «блогерів» почало розміщувати відповідні фото та відео таких переміщень, роботи заходів протиповітряної оборони (ППО), вибухів тощо. Інформаційна війна та інформаційна оборона в сучасних реаліях кримінального права України отримала зовсім оновлене наповнення.

Особи, які мають певне співробітництво з РФ мають доступ до соціальних мереж та інших каналів зв'язку, в яких висвітлюються відповідні фото та відео. Тобто, подібні дії не допомагають державі та правоохоронним органам, оскільки корегують дії ворога. Дають йому інформацію про відповідні локації, обстановку у місті та ін.

Такі дії можуть бути вчинені як необережно, не усвідомлюючи повною мірою небезпечність таких дій та їх можливі наслідки (ч. 1 ст. 114-2 КК), так і з прямим умислом (ч. 3 ст. 114-2 КК), що пов'язано із вчиненням таких дій за попередньою змовою групою осіб або з корисливих мотивів, або з метою надання такої інформації державі, що здійснює збройну агресію проти

України, чи незаконним збройним формуванням. Якщо такі дії спричинили тяжкі наслідки (ч. 3 ст. 114-2 КК), то самі дії могли бути вчинені як з умислом, так і за необережності. Відношення до наслідків також могло бути як з умислом, так і за необережності, в залежності від намірів особи. Однак, враховуючи суспільну небезпечність таких діянь для всієї країни, неусвідомлення та небажання таких наслідків конкретною особою, байдуже до них відношення не можуть розглядатись як підстава звільнення від кримінальної відповідальності або не ставлення у вину ч. 3 ст. 114-2 КК.

У науковій літературі часто постає питання про «головний принцип». Видається, що такого принципу немає, тому що основна ідея в комплексному та збалансованому їх застосуванні щодо суб'єктів кримінально-правових відносин. Але робоча група з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України все ж таке сформулювала це положення як принцип. Зокрема М. І. Хавронюк зазначає, що «Принципом принципів слід вважати положення проєкту КК, згідно з якими «цей Кодекс застосовується відповідно до принципів, визначених у його статтях 1.2.1–1.2.9», а «проєкт Закону про внесення змін до цього Кодексу розглядається Верховною Радою України за наявності висновку Пленуму Верховного Суду України щодо його відповідності вимогам статей 1.2.1–1.2.9 цього Кодексу»⁶. З цим цілком можна погодитись, адже це положення і відображає необхідність системного застосування принципів як в правотворчості, так і правозастосуванні, як в мирний, так і у воєнний час.

Висновки. Наявність права та закону є цінністю. Коли закон кодифікований, структурований, зрозумілий та чіткий людина може співставляти свою поведінку з цим законом. Якщо людина обирає вчинити злочин, вона робить це враховуючи усвідомлення протиправності такого

⁶ Хавронюк М. І. Принципи нового Кримінального кодексу України: якими вони можуть бути. *Сайт Робочої групи з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України*. 2020. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/11/24/havronyuk-m-i-pryntsypu-novogo-kk-ukrayiny-tezy-dopovidi.pdf>.

діяння та наявності відповідного покарання або заходу кримінально-правового характеру за таке діяння. Отже, уряд в такому випадку має всі моральні та законні підстави притягати таку людину до кримінальної відповідальності.

Основна ідея, сутність і цінність кримінального права полягає у захисті основних прав і встановленні справедливого покарання за їх порушення. Справедливе покарання має відповідати принципам кримінального права. Сенс кримінального права виражається через його принципи. Серед них – принципи гуманізму, законності, пропорційності, індивідуалізації та диференціації кримінальної відповідальності.

Основна ідея існування принципів кримінального права в їх комплексній та збалансованій реалізації щодо суб'єктів кримінально-правових відносин. Ця вимога поширюється на рівень правотворчості і правозастосування, як в мирний, так і воєнний час.

Встановлено необхідність додержання стандартів прав людини при притягненні до кримінальній відповідальності осіб, які вчинили воєнні злочини та злочини проти людства та були до цього причетні. Цивілізований світ має відповідати та забезпечувати безпеку цивілізованими методами.

Список використаних джерел

1. Гацелюк В. О. Реалізація принципу законності кримінального права України (загальні засади концепції). Луганськ: РВВЯДУВС, 2006. 261 с.
2. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 р. (Конвенцію ратифіковано із застереженнями Указом ПВР УРСР від 03.07.1954). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text.
3. Заява Прокурора Міжнародного кримінального суду, пана Каріма А. А. Хана, королівського радника, щодо Ситуації в Україні: Отримання звернень від 39 держав-учасниць та відкриття розслідування. 2 березня 2022 р. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2022-prosecutor-statement-referrals-ukraine&ln=Ukrainian>.
4. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія. Харків: Право, 2008. 225 с.

5. Робочий проєкт Кримінального кодексу України станом на 18.01.2022 р. *Сайт Робочої групи з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України*. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>.

6. Орловська Н. А. Санкції кримінально-правових норм: засади та принципи формування: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08; Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2012. 423 с.

7. Тимофєєва Л. Ю. Гуманістична парадигма: досвід, виклики та перспективи кримінального права України: монографія. Передмова В. О. Тулякова. Харків: Право, 2020. 280 с. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/14053?show=full>.

8. Тоффлер Э. Третья волна. Москва: ООО «Фирма «Издательство АСТ», 2004. 345 с.

9. Туляков В. О. Принцип законності в динаміці рішень ЄСПЛ та розвиток кримінального законодавства України. *Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України: матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р.)* / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), А. П. Гетьман, Ю. В. Баулін та ін. Харків: Право, 2020. 500 с.

10. Хавронюк М. І. Принципи нового Кримінального кодексу України: якими вони можуть бути. *Сайт Робочої групи з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України*. 2020. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/11/24/havronyuk-m-i-pryntsyru-novogo-kk-ukrayiny-tezy-dopovid.pdf>.

11. Шаблистий В. В. Безпековий вимір кримінального права України: людиноцентристське дослідження: монографія. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, Ліра ЛТД, 2015. 420 с.

12. Frankl V. Man's Search For Meaning. / translator Ильзе Лаш. Ebury Press, 2008. 1946. 160 p.

REFERENCES

1. Hatselyuk, V.O. (2006). Realizatsiya pryntsyphu zakonnosti kryminal'noho prava Ukrayiny (zahal'ni zasady kontseptsiyi). Luhans'k: RVVYADUVS [in Ukrainian].

2. Zhenevs'ka konventsyya pro povodzhennya z viys'kovopolonenyi vid 12.08.1949 r. (Konventsyyu ratyfikovano iz zasterezhennyamy Ukazom PVR URSR vid 03.07.1954). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text [in Ukrainian].

3. Zayava Prokurora Mizhnarodnoho kryminal'noho sudu, pana Karima A.A. Khana, korolivs'koho radnyka, shchodo Sytuatsiyi v Ukrayini: Otrymannya zvernenn' vid 39 derzhav-uchasnyts' ta vidkryttya rozsliduvannya. (2022). URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2022-prosecutor-statement-referrals-ukraine&ln=Ukrainian> [in Ukrainian].

4. Pohrebnyak, S.P. (2008). *Osnovopolozhni pryntsypy prava (zmistovna kharakterystyka)*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
5. Robochyyu proyekt Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny (2022). *Sayt Robochoyi hrupy z pytan' rozvytku kryminal'noho prava Komisiyi z pytan' pravovoyi reformy pry Prezydentovi Ukrayiny*. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code> [in Ukrainian].
6. Orlovs'ka, N.A. (2012). *Sanktsiyyi kryminal'no-pravovyykh norm: zasady ta pryntsypy formuvannya*. *Doctors thesis*. Odesa [in Ukrainian].
7. Timofyeyeva, L.Yu. (2020). *Humanistychna paradyhma: dosvid, vyklyky ta perspektyvy kryminal'noho prava Ukrayiny*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
8. Toffler, É. (2004). *Tret'ya volna*. Moscow: OOO «Fyrma «Yzdatet'stvo ACT».
9. Tulyakov, V.A. (2020). *Pryntsyp zakonnosti v dynamitsi rishen' YESPL ta rozvytok kryminal'noho zakonodavstva Ukrayiny*. *Kontseptual'ni zasady novoyi redaktsiyi Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny: materialy mizhnar. nauk. konf. (m. Kharkiv, 17–19 zhovt. 2019 r.)*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
10. Khavronyuk, M.I. (2020). *Pryntsypy novoho Kryminal'noho kodeksu Ukrayiny: yakymy vony mozhut' buty*. *Sayt Robochoyi hrupy z pytan' rozvytku kryminal'noho prava Komisiyi z pytan' pravovoyi reformy pry Prezydentovi Ukrayiny*. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2020/11/24/havronyuk-m-i-pryntsypy-novogo-kk-ukrayiny-tezy-dopovidi.pdf> [in Ukrainian].
11. Shablysty, V.V. (2015). *Bezpekovyy vymir kryminal'noho prava Ukrayiny: lyudynotsentryst's'ke doslidzhennya: monohrafiya*. Dnipropetrovs'k: Dniprop. derzh. un-t vnutr. sprav, Lira LTD [in Ukrainian].
12. Frankl, V. (2008. 1946). *Man's Search For Meaning*. / translator Yl'ze Lash. Ebury Press.

Timofieieva L. Ju. Principles of criminal law and their realization in war conditions

The issue of realization of the principles of criminal law in the conditions of war is considered.

The basic idea, essence and value of criminal law is to protect fundamental rights and establish a just punishment for their violation. Fair punishment must comply with the principles of criminal law. The meaning of criminal law is expressed through its principles. Among them are the principles of humanism, legality, proportionality, individualization and differentiation of criminal responsibility.

It is established that the main idea of the existence of the principles of criminal law in their comprehensive and balanced implementation of the subjects of criminal law. This requirement applies to the level of lawmaking and law enforcement, both in peacetime and in wartime.

The problem facing Ukraine does not concern a single country, but all of humanity. After the aggressive military actions against Ukraine, there is a threat to the security of other countries of the world if an effective counteraction mechanism is not developed. It has been established that any armed invasion of the territory of another state in the 21st century is an encroachment not only on territorial integrity. This is an encroachment on European values. These values have been built for centuries in response to the experience of war.

The existence of law and order is a value. When a law is codified, structured, clear and concise, a person can compare his behavior with that law. If a person chooses to commit a crime, he does so taking into account the awareness of the illegality of such an act and the existence of appropriate punishment or criminal measure for such an act. Therefore, the government in this case has all the moral and legal grounds to prosecute such a person.

The need to adhere to human rights standards in prosecuting those who have committed and been involved in crimes against humanity has been established. The civilized world must respond to and ensure security by civilized methods.

Key words: *principles of criminal law, fair punishment, European values, war crimes, law enforcement.*

УДК 344.2

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.258358>

В. М. Киричко,

канд. юрид. наук, доц.,
доцент кафедри кримінального права
№ 1 Національного юридичного
університету імені Ярослава
Мудрого

АКТУАЛЬНІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ВІЙНИ І МИРУ (ПОГЛЯД ІЗ ВОЄННОГО ХАРКОВА)

У статті досліджені актуальні кримінально-правові проблеми війни і миру на основі аналізу норм Кримінального кодексу України та пов'язаних з ними норм міжнародного права. Основна увага звернена на поняття війни, її характер та форми, особливості сучасних війн та їх кримінально-правове значення. Досліджена категорія «воєнна необхідність» та її важливе значення для правильного вибору засобів реагування на війну, вирішення багатьох питань Загальної і Особливої частини КК, пов'язаних з війною. Розроблені пропозиції щодо вдосконалення кримінального законодавства України, які полягають у встановленні кримінальної відповідальності за: 1) недержавну збройну агресію проти України; 2) розробку і реалізацію плану збройного конфлікту неміжнародного характеру в Україні, а також за провокування такого конфлікту і публічні заклики до вчинення зазначених дій; 3) умисне провокування продовження війни чи іншого воєнного конфлікту або їх ескалації, та інші.

Ключові слова: війна, мир, воєнний конфлікт, збройний конфлікт, збройний конфлікт міжнародного характеру, внутрішній збройний конфлікт, агресія, злочин агресії, збройна агресія, воєнна необхідність, воєнний стан, злочини проти миру, кримінальна відповідальність за агресію.

Постановка проблеми й актуальність теми. Суспільству, яке живе нормальним мирним життям, не хочеться думати про війну так само, як здоровій людині про хворобу. Однак як тільки війна починається фактично, то проблеми війни і миру, в тому числі кримінально-правові, відразу стають найбільш актуальними, тому що війна впливає на всі сторони життя суспільства та загрожує життям людей.

Для багатьох проживаючих в Україні людей мирне життя закінчилось ще в 2014 р., але до всіх, хоча й по-різному, війна прийшла 24 лютого 2022 р. Тому Указом Президента України від 24 лютого 2022 р. № 64/2022 в Україні

був введений воєнний стан. Як зазначено в Указі, такий стан введений «у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації проти України». Указ був затверджений Законом України від 24 лютого 2022 р. № 2102-IX.

Разом із введенням воєнного стану в Україні відразу гостро постало питання про те, наскільки цьому стану відповідає чинне кримінальне законодавство України як важливий правовий засіб забезпечення охорони прав та інтересів людей, а також суспільних та державних інтересів. У зв'язку з цим Верховна Рада України вже в умовах воєнного стану внесла до Кримінального кодексу України (далі – КК) ряд змін і доповнень законами України від 3 березня 2022 р. № 2108-IX, № 2110-IX, № 2113-IX, № 2114-IX, № 2117-IX; від 15 березня 2022 р. № 2124-IX; від 24 березня 2022 р. № 2149-IX, № 2150-IX, № 2155-IX, № 2160-IX; від 1 квітня 2022 р. № 2178-IX; від 14 квітня 2022 р. № 2198-IX. Зокрема, розділ VIII Загальної частини КК «Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння» був доповнений ст. 43¹ «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України».

Найбільш значимі зміни і доповнення КК стосуються злочинів проти основ національної безпеки України:

1) у новій редакції викладені ст. 111 «Державна зрада» і ст. 113 «Диверсія»; посилена кримінальна відповідальність за вчинення цих злочинів в умовах воєнного стану, а за вчинення диверсії – ще й у період збройного конфлікту, а також встановлені обмеження щодо застосування до винних осіб амністії (ч. 3 ст. 86 КК);

2) КК доповнений ст. 111¹ «Колабораційна діяльність»; встановлено, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне або додаткове покарання за вчинення колабораційної діяльності призначається на строк від 10 до 15 років (ч. 1 ст. 55 КК); вчинення від імені юридичної особи її уповноваженою особою колабораційної діяльності може визнаватися підставою для застосування до

юридичної особи заходів кримінально-правового характеру (п. 3 ч. 1 ст. 96³ КК), у тому числі ліквідації юридичної особи (ст. 96⁹ КК);

3) КК доповнений ст. 111² «Пособництво державі-агресору»; встановлено, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне або додаткове покарання за пособництво державі-агресору призначається на строк від 10 до 15 років (ч. 1 ст. 55 КК);

4) КК доповнений ст. 114² «Несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану»; встановлено, що до осіб, які вчинили такий злочин, не застосовується давність (ч. 5 ст. 49 КК).

Крім того, були внесені такі зміни і доповнення до інших розділів Особливої частини КК:

1) встановлена кримінальна відповідальність за умисні дії, спрямовані на розпалювання регіональної ворожнечі та ненависті (ч. 1 ст. 161 КК);

2) підвищена кримінальна відповідальність за вчинення в умовах воєнного стану крадіжки (ч. 4 ст. 185 КК), грабежу (ч. 4 ст. 186 КК), розбою (ч. 4 ст. 187 КК), вимагання (ч. 4 ст. 189 КК), привласнення, розтрати майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ч. 4 ст. 191 КК);

3) розділ VII доповнений ст. 201² «Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги»;

4) у ч. 3 ст. 263 КК встановлено, що не підлягає кримінальній відповідальності за незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами або вибуховими пристроями (ч. 1 і 2 ст. 263 КК) особа, яка добровільно здала органам влади зазначені предмети;

5) з метою підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану: а) у новій редакції викладена ст. 361 «Несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж»; б) внесені зміни до ст. 361¹ КК «Створення з метою протиправного використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут»;

б) внесені зміни і доповнення до розділу XIX про кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби: а) посилена караність мародерства (ст. 432 КК); б) включена нова ст. 435¹ «Образа честі і гідності військовослужбовця, погроза військовослужбовцю»;

7) розділ XX про кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку доповнений ст. 436² «Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників»;

8) розділ II «Прикінцеві та перехідні положення» КК доповнений пунктом 22 такого змісту: «Цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована відповідно до вимог Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України».

Зазначені зміни і доповнення до КК були розроблені та прийняті законодавцем як оперативна відповідь на об'єктивну обстановку, тому більшість з них стосується правової оцінки певних діянь, їх криміналізації або посилення їх караності тощо. Теоретичний аналіз цих змін і доповнень до КК вже показав їх певні недоліки, а також викликав пропозиції щодо їх вдосконалення та внесення додаткових змін і доповнень до КК. Зокрема, це проявилось під час обговорення зазначених питань на міжнародному

круглому столі «Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні», який відбувся 5 травня 2022 р., та на VI міжнародній науково-практичній конференції «Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки», яка відбулася 12 травня 2022 р. Ці наукові заходи були підготовлені та проведені Національним юридичним університетом імені Ярослава Мудрого, Науково-дослідним інститутом вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України та громадською організацією «Всеукраїнська асоціація кримінального права». Наукові доповіді учасників цих заходів, у тому числі й моя, як очікується, будуть оприлюднені.

Водночас, обговорення зазначених актуальних питань, в якому я також брав участь, показало, що у зв'язку з війною в Україні важливого значення набули деякі сутнісні положення кримінального права, які до сих пір залишалися без належної уваги науковців. Як вбачається, насамперед потребують свого вирішення *проблеми надання правової визначеності поняттям «війна» і «воєнна необхідність»*. Їх вирішення дозволяє виявити, які кримінально-правові положення, обумовлені війною та воєнною необхідністю, повинні бути в КК. Саме про це і не тільки піде мова далі в цій публікації.

Отже, метою цієї статті є: 1) з'ясування того, яку соціальну реальність відображають поняття «війна» і «воєнна необхідність» та як така соціальна реальність обумовлює включення до КК певних кримінально-правових положень; 2) з'ясування того, які актуальні кримінально-правові проблеми війни і миру потребують свого вирішення та яким способом.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи, що ця наукова публікація виконується в умовах воєнного стану, вбачаю дуже важливими два попередні застереження, які мають значення для правильного сприйняття наукового змісту читачами.

По-перше, стосовно місця, часу і обставин підготовки публікації. Як

зазначено в назві, в ній ідеться про погляд із воєнного Харкова. Сьогодні минає рівно три місяці мого перебування в цьому місті після початку в ньому воєнних дій, протягом яких знання про війну і мир були доповнені особистим відчуттям війни у вигляді постійних обстрілів різних районів міста, внаслідок яких люди гинули або втрачали своє здоров'я та майно, руйнувань і пошкоджень житлових будинків та інших майнових об'єктів, пошуку продуктів харчування та захисту від снарядів, бомб і ракет, падіння поблизу ракети, що не розірвалася, та ін. За таких обставин мир стає для багатьох людей умовою фізичного виживання раніше, ніж закінчення війни та її результати. Для того, хто перебуває далеко від бойових дій за відсутності воєнної небезпеки, часто вбачається єдино правильною теза «війна до перемоги, ніяких компромісів щодо миру з ворогом». Безкомпромісність останньої позиції на практиці може в деяких випадках призводити до значного збільшення кількості загиблих на війні людей, якого можна було б не допустити пошуком миру. Як буде зазначено нижче, під час війни може бути навіть вибір між «перемога будь-якою ціною» і «мир будь-якою ціною» на користь останньої позиції. Отже, при вирішенні проблем війни і миру, в тому числі кримінально-правових, важливо при теоретичному розгляді цієї проблематики уникнути емоційного чорно-білого сприйняття реальності у вигляді вибору між «перемогою» і «миром».

По-друге, існує великий ризик того, що науковий текст, підготовлений під час воєнного стану, може сприйматися лише в контексті тих воєнних дій, які вчинюються в Україні зараз. У зв'язку з цим вважаю важливим звернути особливу увагу читачів на те, що теоретичний аналіз і теоретичні висновки, про які йдеться в цій публікації стосуються війни і миру взагалі. Це так само, як викладення положень про хворобу певного виду, її прояви, способи лікування. Вирішення питань про те, які з цих положень можна застосувати до війни в Україні, яка триває, залежить від врахування конкретних обставин, що з часом змінюються.

У всій кримінально-правовій проблематиці війни і миру важливо розрізняти два взаємопов'язані аспекти: фактичний соціальний і юридичний. Взаємозв'язок між ними характеризується тим, що особливості фактичної соціальної реальності, пов'язані з війною, обумовлюють появу в КК та зміст певних кримінально-правових положень. Це означає, що в теоретичному розгляді правильним вбачається спочатку аналіз фактичних обставин війни, потім соціальної необхідності, викликані війною (воєнної необхідності), і нарешті їх відображення в КК.

Уже на самому початку такого теоретичного розгляду виникає перша кримінально-правова проблема, яка потребує свого вирішення – це *проблема надання правової визначеності кримінально-правовому поняттю «війна»*. У чинному КК є термін «війна», але немає визначення змісту того поняття, яке ним позначено. Так само відсутнє визначення цього поняття і в інших нормативних актах, в тому числі міжнародно-правових. За таких обставин кримінально-правові норми, в яких ідеться про війну і суміжні поняття, також характеризуються певною правовою невизначеністю щодо свого змісту та співвідношення між собою. Крім того, з цієї причини нерозкритими залишаються окремі аспекти впливу характеру та форм війни на характер суспільної небезпечності деяких пов'язаних з війною діянь.

Така законодавча реальність, як вбачається, склалася тому, що поняття війни у міжнародному праві спочатку існувало як таке, що наповнювалося зрозумілим фактичним змістом і використовувалось зокрема для оголошення війни, а потім з розвитком міжнародних відносин та появою нових видів збройних конфліктів на перший план вийшли гуманітарні аспекти як війни, так і збройних конфліктів, замість теоретичної розробки поняття «війна» стали активно розроблятися та використовуватися поняття «агресія» і «збройні конфлікти».

Зараз у різних статтях КК крім терміну «війна» є багато похідних від нього або суміжних з ним термінів чи словосполучень, зокрема це: 1)

агресивна війна, 2) умови воєнного стану, 3) час воєнного стану, 4) район воєнних дій, 5) воєнний конфлікт, 6) воєнні дії, 7) агресивні воєнні дії, 8) закони та звичаї війни, 9) засоби ведення війни, 10) воєнна необхідність, 11) воєнізоване формування, 12) особливий період, 13) збройний конфлікт, 14) період збройного конфлікту, 15) збройне формування, 16) бойова обстановка, 17) збройна агресія, 18) держава-агресор. Для визначення змісту відповідних понять у таких статтях КК у багатьох випадках необхідно звертатися до законодавчих актів України або до міжнародно-правових актів.

У Законі України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. вперше з'явилися положення щодо співвідношення поняття «війна» із суміжними з ним поняттями «воєнний конфлікт» та «збройний конфлікт». Відповідно до ст. 1 цього Закону: 1) *воєнний конфлікт* – це «форма розв'язання міждержавних або внутрішньодержавних суперечностей із двостороннім застосуванням воєнної сили; основними видами воєнного конфлікту є війна та збройний конфлікт»; 2) *збройний конфлікт* – це «збройне зіткнення між державами (міжнародний збройний конфлікт, збройний конфлікт на державному кордоні) або між ворогуючими сторонами в межах території однієї держави, як правило, за підтримки ззовні (внутрішній збройний конфлікт)».

Із цих законодавчих визначень впливає таке співвідношення понять: *воєнний конфлікт*: 1) *війна*; 2) *збройний конфлікт*: а) *міжнародний* і б) *внутрішній (в межах території однієї держави)*. Крім того, із зазначених визначень можна зробити певні висновки стосовно тих обов'язкових сутнісних ознак, які характеризують кожне з трьох понять і які стосуються: 1) сторін конфлікту, 2) причини конфлікту, 3) форми розв'язання конфлікту.

Отже, законодавчими ознаками *воєнного конфлікту* є: 1) сторони – держави або інші ворогуючі сторони; 2) причина – суперечність між державами або між іншими ворогуючими сторонами; 3) форма розв'язання конфлікту – двостороннє застосування воєнної сили. Законодавчі ознаки

війни: 1) сторони – держави; 2) причина – суперечність між державами; 3) форма розв’язання конфлікту – двостороннє застосування воєнної сили. Законодавчі ознаки *збройного конфлікту*: 1) сторони: а) в міжнародному – держави; б) у внутрішньому – ворогуючі сторони; 2) причина: а) в міжнародному – суперечність між державами; б) у внутрішньому – суперечність між ворогуючими сторонами; 3) форма розв’язання конфлікту в обох видах – двостороннє застосування збройної сили.

Викладені законодавчі ознаки воєнного конфлікту, війни і збройного конфлікту можуть напряду використовуватися в тих випадках, коли в статтях КК є такі терміни, а інший зміст цих понять не впливає із системи КК. Зокрема, це стосується: 1) вчинення дій з метою: а) *провокації воєнного конфлікту* (ч. 1 ст. 258 «Терористичний акт»); б) *провокації війни* чи міжнародних ускладнень (ст. 443 «Посягання на життя представника іноземної держави», ст. 444 «Злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист»); 2) здача ворогові начальником ввірених йому військових сил, а також не зумовленого бойовою обстановкою залишення ворогові *засобів ведення війни* (ст. 427 «Здача або залишення ворогові засобів ведення війни»); 3) участь найманця або використання найманців у *збройних конфліктах*, воєнних або насильницьких діях (ст. 447 «Найманство»).

У тих випадках, коли у відповідній статті КК містяться приписи про необхідність звернення до міжнародно-правових актів для з’ясування змісту кримінально-правової норми, терміни «війна» і «збройний конфлікт» повинні розглядатися в термінологічних полях міжнародного права. Це означає, що для правильної кваліфікації кримінального правопорушення важливого значення можуть набувати суміжні поняття, які існують лише у відповідних міжнародно-правових документах.

Наприклад, це стосується порушення *законів та звичаїв війни*, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України (ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни»).

Без урахування бланкетного характеру (міжнародно-правового) диспозиції цієї статті КК її зміст може сприйматися як порушення законів і звичаїв війни лише під час самої війни (непоширення норми на збройні конфлікти). Але в тексті ст. 438 КК такого обмеження щодо визначення змісту немає. Тому після звернення до відповідних міжнародних договорів норма набуває більш широкого змісту. Із Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 р. та Додаткового протоколу I 1977 р. випливає, що зобов'язання держав щодо дотримання таких законів і звичаїв поширюються як на випадки війни, так і на збройні конфлікти міжнародного характеру. Отже, ст. 438 КК передбачає відповідальність за порушення законів і звичаїв війни під час війни або під час збройних конфліктів міжнародного характеру. Зокрема, які застосовуються: 1) у випадку оголошеної війни або будь-якого іншого оголошеного конфлікту між державами (навіть якщо одна з держав не визнає стану війни); 2) у всіх випадках окупації всієї або частини території другої держави (навіть якщо ця окупація не зустріла ніякого збройного опору); 3) у збройних конфліктах, в яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів для здійснення свого права на самовизначення, закріпленого в Статуті ООН та в декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН.

Із викладеного випливає, що ст. 438 КК не поширюється на збройні конфлікти неміжнародного характеру. Закони і звичаї, які на них поширюються, сформувались у міжнародному праві пізніше і відрізняються своїм змістом. У Римському статуті Міжнародного кримінального суду про порушення цих законів та звичаїв також йдеться окремо, але при цьому їх порушення визнається видом воєнних злочинів. Це вказує на необхідність включення положень про такі злочини і до КК, що можна здійснити шляхом внесення доповнень до ст. 438 КК або шляхом включення до КК системи норм про воєнні злочини.

Як вбачається, в будь-якому з цих способів вдосконалення кримінально-правових норм про відповідальність за порушення гуманітарного права важливим є збереження в тексті статей КК терміну «війна» поряд з термінами «міжнародний збройний конфлікт» і «внутрішній збройний конфлікт». Це важливо для правильного розуміння співвідношення норм в системі КК, де є ці поняття. Крім того, це має важливе змістовне значення. Із наведеного вище законодавчого визначення воєнного конфлікту випливає, що під час війни формою розв'язання суперечності між воюючими державами є двостороннє застосування воєнної сили, яка може бути лише збройною або поєднуватися з іншими її видами, наприклад позбавлення ворогуючої сторони енергетичних або продовольчих ресурсів. Більшість гібридних війн, які активно обговорюються останнім часом, характеризуються саме використанням різних видів воєнних сил, які не є зброєю у власному її розумінні, а використовуються як зброя. Для правильної правової оцінки різних діянь в умовах війни це може мати дуже важливе значення. Наприклад, це може впливати на прийняття управлінських рішень під час війни, а також на хід самого збройного протистояння, обумовлюючи необхідність призупинення дій, зміну їх характеру та ін., і навіть на вибір між війною і миром. У цьому відношенні тенденцію до використання лише понять «збройний конфлікт міжнародного характеру» (з поширенням на війну) і «збройний конфлікт неміжнародного характеру», як вбачається, не відповідає сучасним реаліям. Поняття «війна», «форми війни, в тому числі гібридні» потребують детального теоретичного дослідження й актуальність цих питань дуже швидко зростає.

Викладений аналіз проблематики ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни» показує яким чином бланкетний характер диспозиції цієї статті з відсилкою до міжнародного права ускладнює пошук відповіді на питання про те, на які види воєнного конфлікту, крім війни, ця стаття КК поширюється. Однак особливої уваги в контексті проблематики війни

потребують ті норми КК, в яких ідеться про терміни «агресивна війна», «агресивні воєнні дії», «збройна агресія», «держава-агресор». Зокрема, йдеться про:

1) вчинення діяння в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, спрямованого на відсіч та стримування *збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни* (ч. 1 ст. 43¹ КК);

2) різні види сприяння *державі-агресору*: а) колабораційна діяльність (111¹ КК); б) пособництво *державі-агресору* (ст. 111² КК);

3) незаконне перетинання державного кордону України представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств *держави-агресора* (ст. 332² КК);

4) образа честі і гідності, погроза військовослужбовцю, який здійснює заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування *збройної агресії Російської Федерації*, його близьким родичам чи членам сім'ї (ст. 435¹ КК);

5) публічні заклики до *агресивної війни* або до *розв'язування воєнного конфлікту*, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів (ст. 436 КК);

6) планування, підготовка або розв'язування *агресивної війни* чи *воєнного конфлікту* (ч. 1 ст. 437 «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни»); ведення *агресивної війни* або *агресивних воєнних дій* (ч. 2 ст. 437);

7) виправдовування, визнання правомірною, заперечення *збройної агресії Російської Федерації проти України*, глорифікація її учасників (ст. 436² КК);

8) застосування цивільними особами вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють *збройну агресію* проти України (п. 22 розділу II «Прикінцевих та перехідних положень» КК).

При теоретичному осмисленні термінів «агресивна війна», «агресивні воєнні дії», «збройна агресія» і «держава-агресор» насамперед постають питання їх співвідношення з термінами «воєнний конфлікт», «війна», «міжнародний збройний конфлікт» і «внутрішній збройний конфлікт». Очевидним є лише висновок про те, що агресивна війна є одним із видів війни, особливість якої полягає в тому, що вона є агресивною. Однак такий логічний висновок не має продовження в національних і міжнародних правових актах. Замість цього постає термін «агресія», який з'явився в міжнародному праві після укладення Паризького пакту (Пакту Бріана-Келлога) 1928 р. про відмову від агресивної війни, що по суті означало визнання принципу заборони агресивної війни, однак закріплення і конкретизація останнього здійснювались з використанням в різних документах термінів «агресивна війна» і «агресія». Зокрема в ст. 6 Статуту Нюрнберзького трибуналу злочином проти миру було визнано «планування, підготовку, розв'язання або ведення *агресивної війни* або війни з порушенням міжнародних договорів, угод або запевнень, або участь у загальному плані чи змові для здійснення будь-якого з вищенаведених діянь». Ці положення відображені в ст. 437 КК, в якій також є термін «агресивна війна». Зараз у міжнародному праві частіше використовується поняття «агресія», ознаки якої вказують на складне співвідношення цього поняття з поняттями війни та збройного конфлікту в законодавстві України.

Міжнародно-правові визначення агресії однакового змісту передбачені в Резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 р. та в ст. 8-bis Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Агресія (акт агресії) визначена як застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності чи політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, що несумісний із Статутом ООН. Свідченням агресії, як правило, є таке застосування збройних сил державою першою. Встановлення наявності акту агресії входить до повноважень Ради Безпеки

ООН і до юрисдикції Міжнародного кримінального суду.

У зазначених міжнародно-правових документах також передбачений однаковий перелік діянь, які кваліфікуються як акт агресії незалежно від оголошення війни. Цей перелік не є вичерпним і до нього включені такі види діянь:

1) вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка воєнна окупація, який би тимчасовий характер вона не мала, яка є результатом такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія із застосуванням сили території іншої держави або її частини;

2) бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави;

3) блокада портів або берегів держави збройними силами іншої держави;

4) напад збройними силами держави на сухопутні, морські чи повітряні сили або морські та повітряні флоти іншої держави;

5) застосування збройних сил однієї держави, що перебувають на території іншої держави за згодою з приймаючою державою, на порушення умов, передбачених угодою, або будь-яке продовження їх перебування на такій території після закінчення дії угоди;

6) дії держави, яка дозволяє, щоб її територія, яку вона надала в розпорядження іншої держави, використовувалася цією іншою державою для вчинення акту агресії проти третьої держави;

7) засилання державою або від імені держави озброєних банд, груп, іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави, які мають настільки серйозний характер, що це рівнозначно переліченим вище актам або її значній участі в них.

Для з'ясування кримінально-правового значення наведеного визначення агресії важливо також враховувати наявність у Законі України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. № 1932-XII визначення поняття

«збройна агресія». Відповідно до ст. 1 цього Закону збройна агресія – це «застосування іншою державою або групою держав збройної сили проти України. Збройною агресією проти України вважається будь-яка з таких дій:

1) вторгнення або напад збройних сил іншої держави або групи держав на територію України, а також окупація або анексія частини території України;

2) блокада портів, узбережжя або повітряного простору, порушення комунікацій України збройними силами іншої держави або групи держав;

3) напад збройних сил іншої держави або групи держав на військові сухопутні, морські чи повітряні сили або цивільні морські чи повітряні флоти України;

4) засилання іншою державою або від її імені озброєних груп регулярних або нерегулярних сил, що вчиняють акти застосування збройної сили проти України, які мають настільки серйозний характер, що це рівнозначно переліченим в абзацах п'ятому – сьомому цієї статті діям, у тому числі значна участь третьої держави у таких діях;

5) дії іншої держави (держав), яка дозволяє, щоб її територія, яку вона надала в розпорядження третьої держави, використовувалася цією третьою державою (державами) для вчинення дій, зазначених в абзацах п'ятому – восьмому цієї статті;

6) застосування підрозділів збройних сил іншої держави або групи держав, які перебувають на території України відповідно до укладених з Україною міжнародних договорів, проти третьої держави або групи держав, інше порушення умов, передбачених такими договорами, або продовження перебування цих підрозділів на території України після припинення дії зазначених договорів».

У зв'язку з тим, що переліки видів дій, які кваліфікуються як агресія, за міжнародно-правовими документами і за вказаним Законом України частково відрізняються, слід звернути увагу на наступне. Наявність у

законодавчому переліку дій, які не зазначені в міжнародно-правових документах, наприклад, блокада повітряного простору, порушення комунікацій України, узгоджується з тим, що міжнародно-правовий перелік актів агресії не є вичерпним. Але водночас викладення законодавчого переліку видів агресії як вичерпного, як вбачається, не має належного обґрунтування. Окремого критичного зауваження заслуговує відсутність в законодавчому визначенні збройної агресії ознак невідповідності дій Статуту ООН. Останні вказані в міжнародно-правовому визначенні агресії і є важливими для того, щоб поняття агресії не поширювалось на випадках застосування сили на реалізацію права на індивідуальну чи колективну самооборону (ст. 51 Статуту ООН) та застосування збройної сили за рішенням Ради Безпеки ООН (ст. 42 Статуту ООН).

Міжнародно-правове і законодавче визначення агресії мають різне значення стосовно статей КК, де йдеться про агресію або агресивну війну. Такі статті КК утворюють дві групи з важливими для кваліфікації діянь особливостями.

До *першої групи* належать ті статті КК, в яких йдеться лише про агресію проти України. Зокрема це ст. 43¹ «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України», ст. 111¹ «Колабораційна діяльність», ст. 111² «Пособництво державі-агресору», ст. 332 «Незаконне переправлення осіб через державний кордон України», ст. 435¹ «Образа честі і гідності військовослужбовця, погроза військовослужбовцю», ст. 436² «Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників», п. 22 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» КК. У статтях 435¹ та 436² КК ідеться лише про агресію Російської Федерації проти України. При кваліфікації зазначених правопорушень слід використовувати законодавче визначення агресії,

наведене в Законі України «Про оборону України» з урахуванням його зазначених недоліків.

До другої групи слід віднести кримінальні правопорушення, передбачені ст. 436 «Пропаганда війни» та ст. 437 «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни» КК. При встановленні ознак *агресивної війни*, про яку йдеться в обох цих статтях КК, слід використовувати міжнародно-правове визначення агресії, тому що в системі КК ці правопорушення визначені як правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Статті 436 і 437 КК поширюють свою дію на всі випадки агресії, як проти України, так і проти будь-якої іншої держави.

Слід звернути увагу ще на декілька важливих питань, які стосуються статей 436 і 437 КК та їх вдосконалення. У цих статтях КК ідеться як про *агресивну війну*, так і про *воєнний конфлікт*. Зокрема, передбачена кримінальна відповідальність за публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту, виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів (ст. 436 КК); планування, підготовку або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту (ч. 1 ст. 437 КК); ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій (ч. 2 ст. 437 КК). До появи визначення поняття «воєнний конфлікт» в Законі України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII поняття воєнного конфлікту в статтях 436 і 437 КК визначалось наукою кримінального права з використанням міжнародно-правового визначення поняття «агресія» як вид агресії, який відрізняється від агресивної війни характером та масштабністю дій. З появою законодавчого визначення воєнного конфлікту вирішення цього питання ускладнилось. Використання міжнародно-правового визначення агресії для відображення агресивного характеру дій, про які йдеться в статтях 436 і 437 КК, зберегло своє значення. Водночас для вирішення питання про

співвідношення понять «війна» і «воєнний конфлікт» законодавче визначення воєнного конфлікту набуло обов'язкового врахування в системі КК. У зв'язку з цим відразу загострилось питання про невідповідність між національними і міжнародно-правовими термінами. Ті ознаки війни, які впливають із законодавчого визначення воєнного конфлікту, включаючи двостороннє застосування воєнної сили, не можуть виступати родовими ознаками, до яких добавляються видові ознаки із визначення агресії. Сама конструкція міжнародно-правового визначення агресії є іншою і включає в себе характеристику діянь лише однієї сторони конфлікту (певної держави), причому акт агресії може вчинюватися як після виникнення суперечки з іншою державою, так і без такої. За своїм проявом акт агресії може набувати всіх ознак війни, але може проявлятися і як збройне зіткнення з іншою державою. Тобто якщо зміст агресії в її міжнародно-правовому розумінні порівняти із законодавчим визначенням понять «воєнний конфлікт», «війна» і «збройний конфлікт (міжнародний і внутрішній)», то можна прийти до висновку, що поняття «агресія» поширюється на «війну» і «міжнародний збройний конфлікт». На внутрішній збройний конфлікт (в межах території однієї держави) воно не може поширюватися, тому що агресія за визначенням є застосуванням збройної сили однієї держави проти іншої держави. Із викладеного випливає, що поняттям «воєнний конфлікт» в статтях 436 і 437 КК охоплюється внутрішній збройний конфлікт, але він не охоплюється поняттям «агресія».

Усе це обумовлює необхідність вдосконалення статей 436 і 437 КК. У проєкті Закону України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права (реєстраційний № 2689), який був прийнятий як Закон 20 травня 2021 р., але ще не підписаний Президентом України, розглядуване питання вирішено шляхом визначення в ст. 437 КК *злочину агресії* з такими ознаками його складу: «Планування, підготовка, ініціювання або вчинення

особою, яка здатна фактично здійснювати контроль або керівництво політичними чи військовими діями держави, акту агресії, що через його характер, серйозність і масштаб є грубим порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй». З погляду узгодження норм КК з такими самими положеннями Римського статуту Міжнародного кримінального суду це рішення не викликає заперечень, як і положення законопроекту про встановлення в ст. 436 КК кримінальної відповідальності за публічні заклики до вчинення акту агресії.

Однак з погляду кримінально-правової охорони миру в Україні таке рішення не повністю відповідає сучасним реаліям. Як вбачається, в окремій статті КК необхідно встановити кримінальну відповідальність *за розробку і реалізацію плану збройного конфлікту міжнародного характеру в Україні, а також за провокування такого конфлікту*. Практика вже показала наскільки такі збройні конфлікти можуть бути небезпечними для суспільства та спричиняти тяжкі наслідки. Та й сам факт існування в міжнародному праві законів і звичаїв, що поширюються на такі конфлікти, це підтверджує. Таке рішення одночасно потребує встановлення кримінальної відповідальності за *публічні заклики до вчинення зазначених дій*.

Крім того, слід враховувати, що кримінально-правова норма про злочин агресії має обмежене застосування, оскільки агресія стосується лише сфери міжнародних відносин між державами. Останнім часом у світі з'являються все більше озброєних військових формувань з різними назвами, об'єднаними основами та цілями діяльності, які можуть самостійно вчинювати агресивні дії проти певної держави, в тому числі проти України, або брати участь в акті агресії за своєю ініціативою чи за ініціативою інших осіб, що не представляють державу, яка вчинює акт агресії. Наприклад, воєнні дії армії так званої Ісламської Держави (ІДІЛ) або приватних армій чи армій не визнаних держав. Діяльність таких формувань навіть може набувати транснаціонального характеру. Для вирішення цієї проблеми необхідно

доповнити КК статтею, в якій передбачити кримінальну відповідальність за *недержавну збройну агресію проти України* з конкретизацією збройних агресивних дій, а також за *участь в державній збройній агресії проти України* у складі недержавного збройного формування, яке бере участь в акті агресії за своєю ініціативою або за ініціативою інших осіб, що не представляють державу, яка вчинює акт агресії.

Викладені пропозиції щодо вдосконалення КК є актуальними, однак триваюча війна в Україні, її характер та форми прояву, як вбачається мені із воєнного Харкова, вже поставила весь світ перед *необхідністю нового осмислення війни саме як війни, а не як агресії в зазначеному вище її розумінні*. Чому я так категорично стверджую?

Спочатку зафіксуємо історичний факт: в Україні зараз фактично йде війна між Україною та Російською Федерацією з широкомасштабним застосуванням збройних сил обома державами. Україна назвала ці події військовою агресією Російської Федерації проти України, а Російська Федерація – спеціальною військовою операцією в Україні. У цій війні Україну підтримують постачанням зброї інші країни, особливо активно США і Великобританія. Отже, особливістю війни в Україні, яка потребує нового осмислення війни з погляду світової безпеки, є те, що опосередковано воюють між собою ядерні держави, які є постійними членами Ради Безпеки ООН, і обидві сторони вже заявили, що будуть так діяти до перемоги своєї сторони. Виникає питання, яке потребує відповіді: що буде далі, якщо Україна не може програти у війні, тому що це Україна і її підтримують ядерні держави США та Великобританія, а Росію не можна перемогти, тому що вона ядерна держава?

Та система забезпечення миру, яка склалася в світі після Другої світової війни, в основі має домовленість п'яти найсильніших держав, які закріпили свій статус постійних членів Ради Безпеки ООН. Відповідно до статей 24 і 39 Статуту ООН на Раду Безпеки ООН покладена головна

відповідальність за підтримку міжнародного миру і безпеки. Саме Рада Безпеки ООН визначає існування будь-якої загрози миру, будь-якого порушення миру або акту агресії і надає рекомендації або вирішує те, які заходи слід застосувати відповідно до статей 41 і 42 Статуту ООН для підтримки або відновлення миру і безпеки. Стаття 42 Статуту передбачає повноваження Ради безпеки щодо вчинення дій повітряними, морськими або сухопутними силами, необхідних для підтримки або відновлення міжнародного миру і безпеки. Однак якщо питання стосується постійного члена Ради Безпеки весь цей механізм може бути заблокованим самим членом Ради Безпеки, який може використати своє право вето, проголосувавши проти відповідного рішення (ч. 3 ст. 27 Статуту ООН). З цієї причини війна, в якій бере участь постійний член Ради Безпеки ООН, загрожує людству тим, що вона може розвиватися по шляху ескалації і дійти до застосування ядерної зброї. Присутність ядерних держав з двох сторін протистояння, як це має місце зараз в Україні, робить таку перспективу ще більш реальною.

Поки що не ясно, чи втримається існуюча міжнародно-правова система підтримки міжнародного миру і безпеки після закінчення війни в Україні чи вона буде зруйнована і залишаться лише регіональні структури забезпечення міжнародного миру і безпеки. Однак у контексті даної публікації важливо звернути увагу на те, що причина виникнення такої критичної ситуації, як вбачається, також пов'язана з тим, що поняття «війна» в міжнародному праві ще не отримало належного осмислення з погляду форм реагування на ті загрози, які несе в собі сучасна війна.

Історично так склалося, що війна на різних етапах розвитку людства мала свої особливості ставлення до неї. Тривалий історичний період війна була звичайною практикою вирішення спорів та реалізації своєї політики державами. Після першої світової війни міжнародне співтовариство нарешті стало усвідомлювати необхідність заміни права на війну принципом

заборони війни. Питання про війну і мир були дуже актуалізовані, однак сама війна була в центрі уваги з погляду того, яку війну заборонити – будь-яку чи лише агресивну, яким чином це реалізувати і т. д. У Паризькому пакті (Пакті Бріана-Келлога) 1928 р. договірні сторони засудили звернення до *війни* для врегулювання міжнародних суперечок і відмовилися від війни як інструменту національної політики у своїх взаємних відносинах.

Під впливом другої світової війни в проблематиці війни і миру набули актуального значення три аспекти: 1) закріплення заборони війни в міжнародному праві; 2) розроблення положень про відповідальність за порушення такої заборони і 3) запобігання ядерній війні. У ч. 4. ст. 2 Статуту ООН, прийнятому 26 червня 1945 р., всі члени ООН закріпили своє зобов'язання утримуватися в їх міжнародних відносинах від погрози *силою* або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і яким-небудь іншим чином, несумісним з цілями Об'єднаних Націй. У ст. 6 Статуту Нюрнберзького трибуналу, як вже зазначалось вище, були передбачені положення про відповідальність за *агресивну війну або війну з порушенням міжнародних договорів, угод або заповінь*.

Поняття агресії в нинішньому його вигляді є результатом зусиль, спрямованих на конкретизацію тих проявів порушень заборони війни, які повинні визнаватися найбільш небезпечними посяганнями проти миру. Цим можна пояснити появу в цьому визначенні ознаки застосування не будь-якої сили, а *збройної сили*, а також конкретизацію дій порушника зазначених заборон. Як зазначалось вище, такі агресивні дії можуть вчинюватися як під час війни, так і під час збройного конфлікту міжнародного характеру. Таке рішення мало позитивне значення з погляду конкретизації підстав відповідальності порушника зазначених заборон, але одночасно воно на довгі роки відтіснило в тінь питання про особливості війни як соціального явища і про зміну її небезпечного характеру з часом. Фактично основна увага

світової спільноти весь час була зосереджена головним чином на вирішенні питань про запобігання розповсюдженню зброї масового знищення, що загрожує ядерною війною. А те, що загроза ядерної війни, може набути реальності як результат такої війни, як зараз в Україні, виявилось неочікуваним для всіх, про що свідчить відсутність на зараз реальних дієвих механізмів, які знижували б вірогідність реалізації такої загрози.

Тому логічно постає актуальне питання: яка причина того, що війна на порушення Статуту ООН заборонена, а кількість війн, в яких різні держави беруть участь, збільшується? Як вбачається, основна причин полягає в тому, що держави добре навчилися здійснювати агресивну політику такими діями, які є прихованими і не підпадають під зазначені заборони війни та агресії. Такі дії вже набули такого поширення, що можна говорити про наявність різних технологій впливу однієї держави на іншу країну, який вчинюється не збройними силами держави і не іншими особами засланими державою чи іншими особами, що діють від імені держави, однак має своїм наслідком виникнення збройного конфлікту або війни.

Отже, війна в її різних вимірах і аспектах повинна знову постати в центрі уваги світу як така, що потребує правильного осмислення її причин, соціального характеру, сучасних проявів, а також розробки нової системи попередження війни та реагування на її виникнення, вдосконалення норм міжнародного права та національного законодавства про війну. Я переконаний у тому, що настав час для того, щоб вперше розробити *Кодекс про війну і мир* як основний акт міжнародного права в сфері забезпечення міжнародного миру і безпеки. Однією із засад його створення є те, що *мир* як світова цінність полягає у відсутності як війни у вузькому її розумінні, так і збройного конфлікту міжнародного або внутрішнього характеру. Це обумовлює необхідність включення до зазначеного Кодексу також міжнародно-правових положень про збройні конфлікти, які за своїм характером можуть переростати у війну або її провокувати.

Термінологія, яка зараз використовується стосовно війни і миру, потребує свого вдосконалення як в законодавстві України, так і в міжнародно-правових документах. Зокрема війна як вид воєнного конфлікту за ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. характеризується як розв'язання суперечності між державами шляхом двостороннього застосування воєнної сили. А якщо двостороннє застосування сили між державами відбувається з іншої, ніж суперечка, причини, наприклад тому, що одна держава має план повного знищення населення, яке проживає на території іншої держави, то хіба це не війна? Ще більш небезпечна війна. Міжнародно-правове визначення агресії термінологічно приховує особливу небезпечність війни ще більше. Адже війна в ньому характеризується лише ознакою несумісного із Статутом ООН застосування збройної сили державою проти іншої держави, яке може мати або не мати своїм наслідком війну із зустрічним застосуванням збройної сили іншою державою. В іншому випадку застосування збройної сили може викликати лише збройну відповідь, що не виходить за межі нетривалого збройного зіткнення і може характеризуватися як збройний конфлікт міжнародного характеру. Можливі випадки такого застосування збройної сили державою, яке взагалі залишається без будь-якої відповіді зі сторони іншої держави. Отже, поняттям агресії охоплюються різні за своїм зовнішнім проявом і за ступенем небезпечності дії, які отримують однакову юридичну кваліфікацію, що не відображає підвищеної небезпечності війни порівно з іншими видами агресії.

Одним із способів виділення із всіх дій, що охоплюються поняттям агресії, більш небезпечних її проявів є включення до поняття злочину агресії додаткових ознак. Саме так у ст. 8-bis Римського статуту Міжнародного кримінального суду злочин агресії в основі має визначення агресії, наведене в Резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 р., однак при цьому ознака порушення актом агресії Статуту ООН доповнена ознакою

грубого порушення, що визначається з урахуванням характеру, серйозності і масштабу порушення. Таке саме рішення реалізовано в ст. 437 «Злочин агресії» законопроекту № 2689, який був прийнятий як Закон 20 травня 2021 р., але ще не підписаний Президентом України.

Як вбачається, поняття війни повинно бути окремо закріплено в міжнародному праві і в законодавстві України таким чином, щоб до нього входили лише ті сутнісні ознаки, які відображають особливу небезпечність війни як явища об'єктивно існуючого світу. Зокрема: *«Війна – це широкомасштабне двостороннє застосування збройних сил державами або державою та недержавним збройним формуванням»*. Таке визначення війни дозволяє сприймати війну як об'єктивно існуючу небезпеку, яка викликає необхідність зупиняти її відповідними засобами як можна швидше, щоб уникнути неконтрольованого перебігу війни з особливо тяжкими наслідками для людей. Це дуже схоже на пожежу, яку потрібно гасити відповідними засобами негайно, щоб вона як неконтрольована стихія не заподіяла непоправну шкоду. У системі забезпечення миру повинні бути заздалегідь розроблені і перевірені на придатність засоби правильного реагування на різні прояви війни, подібно реагуванню протипожежної служби на різні види пожеж. Застосування засобів реагування на війну і на пожежу не повинно залежати від того, хто чи що є причиною війни чи пожежі.

У сучасному світі реагування на війну у багатьох випадках відбувається зовсім не так, як на пожежу. Як вбачається, це пов'язано з тим, що в системі забезпечення миру і міжнародного правопорядку взагалі відсутні нормативно закріплені конкретизовані механізми реагування на сучасну війну залежно від того, який характер має або може мати війна з урахуванням її сторін, співвідношення сил, зброї та інших засобів ведення війни. Тобто відповідно до Статуту ООН Рада Безпеки спочатку визначає, що є загроза миру, в тому числі у зв'язку з учиненням акту агресії, і потім вирішує які рекомендації слід надати або які заходи слід застосувати для

підтримки або відновлення миру. Такий відсталий від вимог сучасності стан системи безпеки можна порівняти з такою ж відсталою командою протипожежної служби, яка не має розроблених і перевірених правил реагування на пожежу залежно від того, що саме горить, а після повідомлення про пожежу збирається і після обговорення чим гасити приступає до гасіння пожежі. Вірогідність в таких випадках того, що вибраний засіб гасіння буде непридатним, або неефективним, або навіть таким, що посилює пожежу, є дуже великою.

Отже за відсутності заздалегідь розроблених варіантів реагування на війну залежно від її характеру фактичне реагування на війну в світі також несе в собі великі ризики того, що вжиті засоби реагування на війну можуть бути непридатними, або неефективними, або навіть такими, що посилюють воєнний конфлікт. Такі ризики дуже посилюються фактором, на який потрібно звернути особливу увагу, оскільки він набуває все більшого значення. Ідеться про *стан масового сильного душевного хвилювання*, який виникає у людей після початку війни і який набуває транснаціонального характеру внаслідок швидкого поширення інформації та посилення інформаційного впливу. Такий стан може набувати такого транснаціонального поширення, за якого замість раціонального реагування на війну, обумовленого об'єктивно існуючим характером війни, з'являється емоційна реакція, за якої засіб реагування на війну обумовлюються тим, кого хочеться підтримати у війні.

Таким чином, для всієї системи забезпечення миру і міжнародного правопорядку, а також для кримінального права (міжнародного і національного) важливо сприймати війну як об'єктивно існуюче явище. Такий погляд дозволяє виявити: 1) характер і форми війни, які обумовлюють вибір засобів реагування на війну, здатних усунути ту небезпеку заподіяння певної шкоди, яку створює війна; 2) критерії, що визначають характер і ступінь суспільної небезпечності діянь, пов'язаних з війною; 3) діяння, які

повинні визнаватися злочинними та тягти за собою кримінальну відповідальність; 4) значення категорії «воєнна необхідність» для правильного вибору засобів реагування на війну та вирішення багатьох кримінально-правових питань.

У науці кримінального права категорію «воєнна необхідність» слід визнавати сутнісною категорією, тому що вона стосується не зовнішнього прояву війни, а вирішального впливу війни на правову оцінку певних діянь, рішень, положень як необхідних. Як вбачається, можна виділити декілька самостійних аспектів воєнної необхідності з урахуванням їх різного кримінально-правового значення та важливих особливостей.

По-перше, важливо розрізняти об'єктивно існуючу воєнну необхідність і її відображення в різних статтях КК. Законодавець може помилятися і неправильно відображати об'єктивну необхідність з різних причин. Особливо це стосується випадків, коли зміни і доповнення вносяться в період війни і зазначена невідповідність може бути обумовлена станом сильного душевного хвилювання осіб, які приймали законодавчі зміни, браком часу для детального опрацювання законопроектів тощо.

По-друге, зміни і доповнення, які вносить законодавець до КК в період війни, можуть мати важливий зв'язок з положеннями ч. 2 ст. 64 Конституції України про те, що в умовах воєнного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. У деяких випадках обмеження конституційних прав може здійснюватися шляхом визнання певного виду діянь злочинними і встановлення кримінально-правової заборони. Наприклад, висловлення особистого ставлення до певних подій, яке не є публічним закликком і в мирний час визнавалось реалізацією права на «свободу думки і слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань» (ч. 1 ст. 34 Конституції України), в умовах воєнного стану було обмежено шляхом криміналізації «публічного заперечення», про яке йдеться в ч. 1 ст. 111¹ КК. Як вбачається, в таких випадках законодавець повинен

зазначати в Законі, що йдеться про обмеження права, обумовлене воєнним станом, і зазначати строк такого обмеження. Це необхідно для запобігання безпідставного обмеження відповідних прав в післявоєнний період.

По-третє, більшість кримінально-правових норм, зміст яких пов'язаний з воєнною необхідністю, передбачена в Особливій частині КК. Насамперед, слід звернути увагу на ті статті КК, де в основному складі злочину йдеться про вчинення діяння в умовах війни. Наприклад, такими є кримінальні правопорушення, передбачені ч. ч. 1 і 2 ст. 114² КК, в яких йдеться про відповідальність за поширення певної інформації про зброю, озброєння та бойові припаси (ч. 1) або про Збройні Сили України чи інші військові формування (ч. 2), вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану. У деяких основних складах кримінальних правопорушень висновок про вчинення діянь в умовах воєнного стану впливає із характеру самих діянь, наприклад у ст. 111¹ «Колабораційна діяльність» та ст. 111² «Пособництво державі-агресору» КК. При криміналізації таких діянь законодавець вже враховував зв'язок діяння з війною і відобразив оцінку ступеня суспільної небезпечності діяння в санкціях статей КК. Такі статті КК, як вбачається, з часом повинні набувати ознак системного рішення з наданням більшої правової визначеності щодо системних зв'язків між такими нормами.

Крім того, в цьому процесі важливо також враховувати різний характер війн з погляду тих загроз, які вони створюють, а також особливості сучасних форм ведення війн та участі в них, зокрема гібридних війн. Наприклад, у сучасній війні може бути третя сторона із самостійним інтересом, яка не бере безпосередньої участі у війні, але певним чином маніпулятивно впливає на одну чи обидві воюючі сторони з метою продовження війни, надання їй більш небезпечних форм і т. п. Як вбачається, такі дії вже потребують своєї криміналізації. Зокрема, в ст. 437 КК необхідно додатково встановити кримінальну відповідальність за *«умисне провокування продовження війни чи*

іншого воєнного конфлікту або їх ескалації, вчинене за обставин, коли воюючі сторони заявили про намір досягнення миру або уклали мирну угоду». Ця пропозиція вбачається актуальною і для міжнародного кримінального права.

Далі, особливості має проблематика тих діянь, що визнаються кримінальними правопорушеннями і в мирний час, але в разі їх вчинення в умовах воєнного стану їх караність посилюється. Тобто йдеться про вчинення діяння в умовах воєнного стану як кваліфікуючу ознаку, що обтяжує кримінальну відповідальність. До введення в Україні воєнного стану така ознака була головним чином у статтях КК про кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби, зокрема в ч. 4 ст. 402, ч. 3 ст. 403, ч. 4 ст. 404, ч. 4 ст. 405, ч. 5 ст. 407, ч. 4 ст. 408, ч. 4 ст. 409, ч. 4 ст. 410, ч. 4 ст. 411, ч. 3 ст. 413, ч. 3 ст. 418, ч. 3 ст. 419, ч. 3 ст. 420, ч. 3 ст. 421, ч. 4 ст. 425, ч. 4 ст. 426, ч. 5 ст. 426¹, ч. 3 ст. 428, ч. 2 ст. 435. Після ведення воєнного стану в Україні законодавець передбачив зазначену кваліфікуючу ознаку також в деяких статтях, розміщених в інших розділах Особливої частини КК: ч. 2 ст. 111 «Державна зрада», ч. 2 ст. 113 «Диверсія», ч. 4 ст. 185 «Крадіжка», ч. 4 ст. 186 «Грабіж», ч. 4 ст. 187 «Розбій», ч. 4 ст. 189 «Вимагання», ч. 4 ст. 191 «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем», ч. 3 ст. 201² «Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги», ч. 5 ст. 361 «Несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж». Порівняльний аналіз санкцій зазначених статей показав, що одна й та сама обставина підвищує караність діянь в різних статтях КК на 2, 3, 5, 6, 7 або 8 років позбавлення волі. Тому, як вбачається, кваліфікуюча ознака «вчинення діяння в умовах воєнного стану» потребує законодавчого закріплення в КК тих

сутнісних критеріїв, які перебувають у фактичному зв'язку з воєнним станом і обумовлюють підвищення суспільної небезпечності (тяжкості) діяння та його підвищену караність. У такій конкретизації обов'язково повинна бути відображена шкода, яка заподіяна або могла бути заподіяна об'єкту або множинності об'єктів.

По-четверте, щодо положень Загальної частини КК, пов'язаних з війною і воєнною необхідністю. У зв'язку з вищевикладеним спочатку доречно відмітити, що за відсутності в складі злочину зазначеної кваліфікуючої ознаки вчинення злочину з використанням умов воєнного стану може враховуватися судом як обставина, що обтяжує покарання при його призначенні (п. 11 ч. 1 ст. 67 КК). Це положення має більш вузький зміст, оскільки йдеться про використання умов воєнного стану, воно не стосується кримінальних проступків і не має обов'язкового характеру. Як вбачається, використання умов воєнного стану для вчинення будь-якого виду кримінального правопорушення у всіх випадках зберігає свою негативну оцінку.

Складним для вирішення і одночасно дуже важливим для практики є питання про те, як війна і воєнна необхідність впливають на положення розділу VIII, в якому йдеться про обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння. Після введення воєнного стану в Україні КК був доповнений ст. 43¹ «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України». У зв'язку з цим виникло декілька проблемних питань, що стосуються змісту цієї статті КК та її співвідношення із ст. 36 «Необхідна оборона». При їх вирішенні важливо враховувати наступні положення:

1) У зазначених статтях КК ідеться про заподіяння шкоди при обороні, яке визнається правомірним, якщо воно викликано необхідністю оборони і не виходить за встановлені законом межі. Тому для правильного вирішення питання про співвідношення цих статей КК вирішальне значення мають

формулювання обставин оборони. У ст. 36 КК ідеться про оборону від посягання на охоронювані законом права та інтереси особи, суспільні інтереси або інтереси держави, а за ст. 43¹ КК – про оборону від агресії іншої країни. Оскільки перше формулювання охоплює собою останнє, то це означає, що ст. 43¹ КК передбачає спеціальні положення. З цього випливає висновок, що у випадках конкуренції статей 36 і 43¹ КК перевагу в застосуванні повинна мати ст. 43¹ КК.

2) Наявність в назві та ч. 4 ст. 43¹ КК словосполучення «виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України» не означає, що дія цієї статті КК поширюється лише на громадян України, як про це йдеться в ч. 1 ст. 65 Конституції України. Зі змісту ч.ч. 1-3 ст. 43¹ КК випливає, що всі положення, передбачені цією статтею КК, стосуються реалізації права на захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, яке визнається за будь-якою особою. Використання законодавцем терміну «обов'язок» в ч. 4 ст. 43¹ КК обумовлено його наявністю в назві статті і має редакційне пояснення.

3) При вирішенні питання про виключення кримінальної відповідальності за застосування зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, та за пошкодження чи знищення у зв'язку з цим майна (ч. 3 ст. ст. 43¹ КК) слід враховувати й інші нормативні акти, що регулюють відносини в цій сфері, включаючи закони та звичаї війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Зокрема, якщо йдеться про цивільних осіб, то насамперед це Закон України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 3 березня 2022 р. № 2114-IX та Порядок застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України в період дії воєнного стану, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 р. № 448. Виключення кримінальної

відповідальності за застосування зброї на підставі ч. 5 ст. 36 КК стосуються випадків, де ця норма сама є основним регулятором відносин.

4) Із змісту ч. 4 ст. 43¹ КК випливає, що перевищення меж необхідної оборони від агресії має такі два види: 1) заподіяння шкоди, яка явно не відповідає небезпечності агресії (за ч. 3 ст. 36 КК – небезпечності посягання) і 2) заподіяння шкоди, яка явно не відповідає обстановці відсічі та стримування агресії (за ч. 3 ст. 36 КК – обстановці захисту). Небезпечність агресії слід визначати з урахуванням того, який характер має саме застосування зброї (з урахуванням її виду та способу застосування) і проти яких об'єктів кримінально-правової охорони таке застосування спрямоване, зокрема проти суверенітету, територіальної недоторканності чи ін. При вирішенні питання чи була заподіяна шкода необхідною для відсічі та стримування агресії слід враховувати такі особливості воєнної необхідності: а) в одних випадках вона розглядається стосовно вчинення воєнних дій, а в інших – стосовно воєнної операції, воєнної битви, воєнного фронту або відсічі агресії в цілому; б) в загальному розумінні агресія є посяганням проти України, яке викликає необхідність в обороні від нього; з погляду характеру самих воєнних дій відсіч і стримування агресії може виражатися не лише в оборонних діях.

Відповідальність за перевищення меж необхідної оборони від агресії настає на загальних підставах. Таке рішення є суперечливим з огляду на те, що відповідно до ч. 3 ст. 36 КК за перевищення меж необхідної оборони настає відповідальність лише за умисне заподіяння смерті або тяжкого тілесного ушкодження, за яке відповідальність значно пом'якшена порівняно зі статтями 115 і 121 КК. Як вбачається, для вирішення цього питання необхідно доповнити КК спеціальними приписами про відповідальність за перевищення меж необхідної оборони від агресії, одночасно узгодивши їх з поняттям «бойовий імунітет» .

Визначення останнього поняття в ст. 1 Закону України «Про оборону»

від 6 грудня 1991 р. також викликає критику. Зокрема, в ньому йдеться про звільнення від кримінальної відповідальності за наслідки, настання яких з урахуванням розумної обачності неможливо було передбачити при плануванні та виконанні дій (завдань). Таке формулювання відображає випадок (казус), в якому виключається кримінальна відповідальність з причини відсутності вини, а не йдеться про звільнення від кримінальної відповідальності. Крім того, потребує правової визначеності питання про вплив обставин захисту від агресії на вирішення питання про відповідальність за необережне заподіяння шкоди, яке не підпадає під визначення бойового імунітету. Відповідно до ч. 3 ст. 36, ст. ст. 118 і 124 КК відповідальність за перевищення меж необхідної оборони настає лише за умисне заподіяння шкоди.

5) У ч. 1 ст. 43¹ КК ідеться про вчинення діяння, спрямованого на відсіч та стримування збройної агресії іншої країни в умовах *воєнного стану* або в період збройного конфлікту. Таке рішення законодавця є недосконалим, оскільки воно не враховує, що воєнний стан як *правовий режим* (ст. 1 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 р.) може вводиться через певний час після фактичного здійснення акту агресії, як це було 24 лютого 2022 р. Тому в ст. 43¹ КК поняття «правовий режим» слід замінити термінами, які відображають фактичну соціальну реальність, що є важливим для реалізації зазначеного в цій статті права до введення воєнного стану.

Викладені положення щодо категорії «воєнна необхідність» підтверджують її важливе значення для вирішення різних кримінально-правових питань. Однак найбільш актуальним і одночасно найбільш складним для розуміння є її значення для вирішення проблем війни і миру стосовно сучасних війн. У цьому зв'язку звернемо увагу на декілька ключових аспектів цієї проблематики.

Традиційний підхід до вирішення проблем війни і миру, в тому числі

кримінально-правових, базувався на пошуку винних порушників певних заборон та притягненні їх до кримінальної чи іншої відповідальності. Стосовно агресії порушником визнається лише одна сторона – агресор. Тому коли починається війна, то дії агресора починають розглядатися з погляду на те, які заборони агресор порушив, яку шкоду і кому він заподіяв або може заподіяти, що обумовлює вид та розмір покарання за вчинене. На агресора таке залякування можливим покаранням не діє: якщо він почав агресію, то значить не злякався, а коли від застосовує збройні сили, то керується загальновідомим принципом «переможців не судять».

Саме тому коли війна вже почалася, то на перший план виходить питання про вибір правильного способу реагування на війну з урахуванням її характеру, з метою захисту від тих загроз, які війна створює.

Як вбачається, слід розрізнити три види агресивної війни, в яких воєнна необхідність проявляється по-різному і обумовлює вибір різних способів реагування на війну:

1) війна, в якій агресор переслідує мету фізичного знищення населення іншої країни; оборона від агресора в такій війні є боротьбою за фізичне виживання, вчинюється шляхом заподіяння будь-якої шкоди агресору і є війною «до останньої краплі крові»;

2) війна, яка вчинюється у зв'язку з незгодою агресора з політикою, яку реалізує інша держава, або з приводу вирішення спірних питань тощо; у такій війні слід обов'язково розрізнити два рівні воєнної необхідності: а) «мікрорівень», який стосується оборони від застосування зброї в бойовій обстановці, і б) «макрорівень», на якому оборона від агресора постає як вибір між використанням збройних сил держави проти агресора і укладенням угоди з агресором щодо мирного вирішення спірних питань між державами;

3) війна, в якій хоча б одна воююча сторона має ядерну зброю, яку може застосувати, або здатна в інший спосіб заподіяти великомасштабну непоправну шкоду, якій не можна запобігти; у такій війні укладення угоди

про мир стає пріоритетним і допускає лише тимчасове застосування збройних сил для оборони.

У останніх двох видах сучасної війни набагато гостріше, ніж раніше, постає питання про «ціну» вибору між війною і миром: а) в другому з названих видів війни – це «ціна» вибору між збройною обороною від агресії і зупиненням агресії шляхом укладення мирного договору; б) в останньому виді війни – це «ціна» вибору між як можна скорішим миром і миром «останньої надії». До цієї «ціни» входять втрати особового складу Збройних Сил, спричинення смерті або заподіяння шкоди здоров'ю населення, всі види майнової шкоди та шкоди довкіллю та ін. Різке зростання такої «ціни» в сучасній війні напряду пов'язане з появою й використанням нових видів зброї, що спричинює тяжкі наслідки великомасштабного характеру. Така зброя у поєднанні з використанням літальних апаратів для спостереження за переміщенням ворога та корегування обстрілів його позицій призводить до швидкого переміщення бойових дій до населених пунктів. Наслідком таких дій є тотальне знищення населених пунктів разом з тими людьми, хто не зміг виїхати чи спастись.

З урахуванням такого збільшення «ціни» слід звернути увагу на те, що один із аспектів цієї проблематики стосується положень про крайню необхідність (ст. 39 КК). Однією з ознак крайньої необхідності є неможливість усунення небезпеки для правоохоронюваних інтересів іншими засобами, ніж заподіяння шкоди, яка не є більш значною, ніж відвернена шкода. Після включення до КК ст. 43¹ постало питання, яке поки що залишається без належної уваги. У ч. 1 ст. 43¹ КК ідеться про діяння, спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії іншої країни, яке *«заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію, або заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам»*. При вузькому тлумаченні цього положення в ньому йдеться лише про шкоду правоохоронюваним інтересам того, хто здійснює агресію, а при широкому тлумаченні воно

поширюється й на випадки заподіяння шкоди третім особам. В останньому випадку ст. 43¹ КК матиме перевагу в конкуренції зі ст. 39 КК при застосуванні. Зазначені положення потребують надання їм більшої правової визначеності з урахуванням того, що в разі широкого тлумачення не буде визнаватися обов'язковою ознакою неможливість усунення небезпеки для правоохоронюваних інтересів іншими засобами.

Викладені положення стосуються лише окремих аспектів кримінально-правової проблематики війни і миру, які вбачаються мені важливими зараз і які можна було висвітлити в межах цієї публікації. Із викладеного можна зробити наступні узагальнюючі **висновки**:

1) Війна в Україні, яка триває зараз і яка набула світового значення, актуалізувала різні аспекти кримінально-правової проблематики війни і миру. Зокрема, це стосується проблемних питань кримінального законодавства України та міжнародного права, що стосуються злочинів проти миру, а також теоретичного осмислення сучасних війн та розроблення механізмів практичного реагування на них, відображення особливостей сучасних війн в законодавстві.

2) До цього часу залишається не вирішеною проблема уніфікації термінології в законодавстві України і міжнародному праві, яка стосується війни і миру. Це стосується таких понять як «воєнний конфлікт», «війна», «збройний конфлікт», «агресія». Міжнародно-правове і законодавче визначення агресії мають різне значення стосовно статей КК, де йдеться про агресію або агресивну війну. Такі статті КК утворюють дві групи з важливими для кваліфікації діянь особливостями.

3) У сучасних умовах існують ризики нападу на державу з боку недержавних збройних формувань, діяльність яких може набувати транснаціонального характеру. Для захисту України від таких загроз необхідно доповнити КК новою статтею, в якій передбачити кримінальну відповідальність за недержавну збройну агресію проти України з

конкретизацією збройних агресивних дій, а також за участь в державній збройній агресії проти України у складі недержавного збройного формування.

4) Небезпечність збройних конфліктів неміжнародного характеру підвищується у зв'язку з тим, що вони можуть виникати як результат використання технологій зовнішнього впливу на державу і потім переростати у війну. У зв'язку з цим у КК необхідно встановити кримінальну відповідальність за: а) розробку і реалізацію плану збройного конфлікту неміжнародного характеру в Україні, а також за провокування такого конфлікту; б) публічні заклики до вчинення зазначених дій.

5) Війна в її різних вимірах і аспектах повинна знову постати в центр уваги світу як така, що потребує правильного осмислення її причин, соціального характеру, сучасних проявів, а також розробки нової системи попередження війни та реагування на її виникнення, вдосконалення норм міжнародного права та національного законодавства про війну. Настав час для того, щоб вперше розробити Кодекс про війну і мир як основний акт міжнародного права у сфері забезпечення міжнародного миру і безпеки. Мир як світова цінність полягає у відсутності як війни у вузькому її розумінні, так і збройного конфлікту міжнародного або внутрішнього характеру. Тому до зазначеного Кодексу слід включити також положення про збройні конфлікти, які за своїм характером можуть переростати у війну або її провокувати.

б) Поняття війни повинно бути окремо закріплено в міжнародному праві та в законодавстві України таким чином, щоб війна сприймалась як об'єктивно існуюча небезпека, яка викликає необхідність зупиняти її відповідними засобами як можна швидше, щоб уникнути неконтрольованого перебігу війни з особливо тяжкими наслідками для людей. Зокрема «війна – це широкомасштабне двостороннє застосування збройних сил державами або державою та недержавним збройним формуванням».

Такий погляд дозволяє виявити: 1) характер і форми війни, які

обумовлюють вибір засобів реагування на війну, здатних усунути ту небезпеку заподіяння певної шкоди, яку створює війна; 2) критерії, що визначають характер і ступінь суспільної небезпечності діянь, пов'язаних з війною; 3) діяння, які повинні визнаватися злочинними та тягти за собою кримінальну відповідальність; 4) значення категорії «воєнна необхідність» для правильного вибору засобів реагування на війну та вирішення багатьох кримінально-правових питань.

7) У сучасній війні може бути третя сторона із самостійним інтересом, яка не бере безпосередньої участі у війні, але певним чином маніпулятивно впливає на одну чи обидві воюючі сторони з метою продовження війни, надання їй більш небезпечних форм і т. п. Такі дії потребують своєї криміналізації шляхом встановлення в ст. 437 КК кримінальної відповідальності за «умисне провокування продовження війни чи іншого воєнного конфлікту або їх ескалації, вчинене за обставин, коли воюючі сторони заявили про намір досягнення миру або уклали мирну угоду». Ця пропозиція є актуальною і для міжнародного кримінального права.

8) Актуальною проблемою кримінального права в умовах війни є теоретична розробка категорії «воєнна необхідність». Ця категорія має важливе значення для правильного вибору засобів реагування на війну, вирішення багатьох питань Загальної і Особливої частини КК, пов'язаних з війною, зокрема криміналізації діянь та їх караності, визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діянь.

9) Слід розрізняти три види агресивної війни, в яких воєнна необхідність проявляється по-різному і обумовлює вибір різних способів реагування на війну: 1) війна, в якій агресор переслідує мету фізичного знищення населення іншої країни; 2) війна, яка вчинюється у зв'язку з незгодою агресора з політикою, яку реалізує інша держава, або з приводу вирішення спірних питань тощо; 3) війна, в якій хоча б одна воююча сторона має ядерну зброю, яку може застосувати, або здатна в інший спосіб заподіяти

великомасштабну непоправну шкоду, якій не можна запобігти. У останніх двох видах сучасної війни набагато гостріше, ніж раніше, постає питання про «ціну» вибору між війною і миром: а) в другому з названих видів війни – це «ціна» вибору між збройною обороною від агресії і зупиненням агресії шляхом укладення мирного договору; б) в останньому виді війни – це «ціна» вибору між як можна скорішим миром і миром «останньої надії».

10) Передбачені в КК кримінально-правові норми, які стосуються війни і миру, потребують свого вдосконалення шляхом надання їм ознак системного рішення та більшої правової визначеності щодо їх змісту.

Щодо перспектив наукових досліджень у зазначених напрямках.

Актуальними вважаю поглиблені дослідження по кожному із зазначених напрямків, особливо це стосується пошуку шляхів до миру, розробки нових моделей примирення ворогуючих сторін. На цьому шляху доречно згадати те, що після війни за території в Європі настав час, коли кордони відкриті для вільного переміщення. Тому сучасні моделі примирення повинні базуватися на вирішенні конкретних питань забезпечення прав людей з двох сторін протистояння. Конституційний принцип верховенства права повинен мати вирішальне значення і для досягнення миру.

Kyrychko V. M. Actual criminal law problems of war and peace (view from military Kharkiv)

The article examines actual criminal law problems of war and peace on the basis of the Criminal Code of Ukraine and related international law and taking into account the immediate sense of the features of modern war, which is still ongoing in Ukraine.

Emphasis is placed on the fact that the concept of war needs to be defined in international and national criminal law as reflecting the large-scale bilateral use of armed forces by states or the state and private armed groups. War is the most dangerous manifestation of armed confrontation, which always has its own special character. The choice of means of response to the war should be made taking into account this nature, because it depends on the correct choice of method of reconciliation of the warring parties. The importance of this method of response is increasing in modern warfare, which is conducted with the use of non-nuclear weapons of mass destruction and manifests itself in the form of total destruction of

settlements. Armed conflicts are less dangerous manifestations of armed confrontation, but they can be a manifestation of external manipulative influence on the state and then transform into war. Private armed groups can take part in the war or act as an enemy. A systematic solution to the various options for responding to war and armed conflict in the world is proposed to be implemented through the development of a Code of War and Peace.

The article analyzes the provisions of the Criminal Code of Ukraine and international law relating to war. Some of them require terminological coordination. The category of «military necessity» is important for determining the content of such provisions, as well as for the correct choice of means of response to war.

Proposals have been developed to improve the criminal legislation of Ukraine, which consists in establishing criminal liability for the following acts: 1) non-state armed aggression against Ukraine; 2) development and implementation of a plan for an armed conflict of a non-international nature in Ukraine or provocation of such a conflict, or public appeals to take such actions; 3) intentional provocation of the continuation of war or other military conflict or their escalation; and other proposals.

Key words: *war, peace, military conflict, armed conflict, armed conflict of international character, internal armed conflict, aggression, crime of aggression, armed aggression, military necessity, martial law, crimes against peace, criminal liability for aggression.*

УДК 343.3

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.257848>

Н. О. Симоненко,

канд. юрид. наук, доцент кафедри кримінального права Національна академія внутрішніх справ

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА НОВЕЛА ЩОДО КОЛАБОРАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена кримінально-правовому аналізу ст. 111-1 КК України «Колабораційна діяльність». Об'єктом кримінальних правопорушень є основи національної безпеки України. Додатковим об'єктом може бути життя і здоров'я людей та право власності. Суб'єкти у ч. 1, ч. 2, ч. 3, ч. 5, ч. 7 – це лише громадяни України (спеціальний суб'єкт), в ч. 4 та ч. 6 – це будь-які особи (загальний суб'єкт). Суб'єктивна сторона – прямий або непрямий умисел. У частині складів для правильної кримінально-правової кваліфікації кримінального правопорушення має місце мета: за ч. 3 – мета пропаганди; за ч. 6 – мета організації та проведення заходів або активної участі в них задля підтримки держави-агресора або уникнення нею відповідальності за збройну агресію проти України. Розкрита об'єктивна сторона кожного складу правопорушення, передбаченого ст. 111-1 КК України. Розкрито співвідношення цього складу кримінального правопорушенням із суміжними кримінальними правопорушеннями, що передбачені ст. 111 КК України «Державна зрада», ст. 260 КК України «Створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань» та ст. 436 КК України «Пропаганда війни».

Ключові слова: колабораційна діяльність, злочини проти основ національної безпеки України, воєнний стан, збройний конфлікт.

Постановка проблеми. Із запровадженням 24 лютого 2022 року воєнного стану, проблеми національної безпеки України стали предметом активної дискусії серед вітчизняних та іноземних політиків, а також науковців.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» воєнний стан – це особливий правовий режим, що вводить в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню, військовим адміністраціям та органам місцевого

самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень¹.

Злочини проти основ національної безпеки України є найбільш небезпечними посяганнями на суспільні відносини, які забезпечують державну безпеку, обороноздатність, незалежність держави, її конституційний лад. Без належної кримінально-правової охорони цих суспільних відносин неможливе нормальне функціонування держави та відповідних її інститутів.

Таким чином, реформування системи національної безпеки та оборони є головним пріоритетом держави відповідно до Стратегії сталого розвитку «Україна – 2030», схваленої Указом Президента України від 30 вересня 2019 року № 722/2019. Серед головних заходів реалізації цієї реформи визначено оновлення доктринальних та концептуальних підходів до забезпечення національної безпеки. Слід зазначити, що реформування системи забезпечення національної безпеки передбачає внесення й інших змін до законодавства України, зокрема, кримінального законодавства України².

Аналіз останніх досліджень і публікацій показує, що питаннями доцільності криміналізації колабораційної діяльності займалися такі вчені як: М. Акімов, М. Бондаренко, О. Головкін, О. Кравчук, В. Кубальський, Р. Мовчан, Є. Письменський, А. Політова, М. Хавронюк та інші вчені. Нині, після криміналізації відповідних діянь, належний кримінально-правовий

¹ Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12.05.2015 р. № 389-VIII. Дата оновлення: 14.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text> (дата звернення: 14.05.2022).

² Про Стратегії сталого розвитку «Україна – 2030»: Указ Президента України від 30.09.2019 р. № 722/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text> (дата звернення: 14.05.2022).

аналіз відповідних складів правопорушень, передбачених ст. 111-1 КК України, є корисним для правильного їх подальшого застосування під час досудового розслідування.

Мета статті. Кримінально-правовий аналіз ст. 111-1 КК України «Колабораційна діяльність», що допоможе визначити колаборантів та встановити осіб, які своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на нанесення шкоди суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України.

Виклад основного матеріалу. 3 березня 2022 р. Верховною Радою України прийнято Закон № 2108-ІХ, яким Кримінальний кодекс України (далі – КК України) доповнено ст. 111-1 «Колабораційна діяльність», яка внесена до розділу I Особливої частини Кримінального кодексу «Злочини проти основ національної безпеки України».

Незважаючи на наявність у КК України багатьох злочинів проти основ національної безпеки, законодавець виділив певні злочини в окрему статтю, очевидно, бажаючи спростити юридичну кваліфікацію кримінально протиправних діянь, пришвидшити їх розслідування та судовий розгляд.

Слід нагадати, що за загальним правилом під колабораційною діяльністю розуміється будь-яке співробітництво з ворогом, сприяння у здійсненні агресивних дій, розгортанні збройного конфлікту проти України, надання ворогу допомоги під час підготовки та проведення агресії та заподіяння шкоди власній державі.

Збройний конфлікт – зіткнення між збройними силами держав у супереч міжнародно-правовій забороні війни як засобу вирішення спорів.

Проаналізувавши ст. 111-1 КК України, доцільно перш за все зазначити, що структурою даної норми передбачено вісім частин, з яких частини 1–7 передбачають основні склади кримінальних правопорушень, а ч. 8 – кваліфікований склад та примітку, яка складається з чотирьох пунктів.

Така структура пояснюється розгалуженістю форм колабораціонізму, що й знайшли відображення у відповідних частинах статті та виявляється в нелегкій для опанування забороні.

Частина 1 статті 111-1 КК України передбачає кримінальну відповідальність за публічне заперечення громадянином України здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України або публічні заклики громадянином України до підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора, до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями та/або окупаційною адміністрацією держави-агресора, до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України³.

Під окупаційною адміністрацією варто розуміти державні органи та структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, і підконтрольні Російській Федерації самопроголошені органи, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України.

Склад об'єктивної сторони є формальним, тобто кримінальне правопорушення вважається закінченим з моменту вчинення суспільно-небезпечного діяння, незважаючи на настання чи ненастання суспільно-небезпечних наслідків.

У частині першій цієї статті публічним вважається поширення закликів або висловлення заперечення до невизначеного кола осіб, зокрема у мережі Інтернет або за допомогою засобів масової інформації⁴.

Публічні заперечення вважатимуться кримінально караним, коли свідомо й публічно заперечуватимуться (спростовуватимуться або будь-яким чином применшуватимуться), а отже так би мовити виправдовуватимуться, в

³ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III. Дата оновлення: 01.01.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.05.2022).

⁴ Там само.

т. ч. серйозні порушення міжнародного гуманітарного права (т. зв. воєнні злочини)⁵.

Публічні заклики полягають у повідомленні будь-якими засобами невизначеному колу осіб інформації у будь-якому вигляді про підтримку рішень або дій держави-агресора, збройних формувань або окупаційної адміністрації держави-агресора, до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями або окупаційною адміністрацією держави-агресора, до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України, а також долучення невизначеного кола осіб до таких дій. При цьому важливою є публічність повідомлення, яка визначається окремо в кожному конкретному випадку з урахуванням місця, часу, способу повідомлення та кола адресатів, які сприйняли чи могли сприйняти такі заклики. Дії, спрямовані на повідомлення такої інформації, які не мають публічного характеру, слід розцінювати як підбурювання до вчинення зазначених дій і кваліфікувати за ч. 4 ст. 27 та відповідною частиною статті 111-1 КК України.

Відповідно до Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24.02.2022 р. № 64/2022 під державою-агресором варто розуміти Російську Федерацію.

Відповідні заклики є кримінально каранними, якщо вони спрямовані загалом до співпраці з окупантом. Склади правопорушення за ч. 1 ст. 111-1 КК необхідно відмежовувати від передбачених частиною 6 цієї статті, де йде мова про здійснення інформаційної діяльності та організацію і проведення заходів політичного характеру. За ч. 6 ст. 111-1 відповідальність наставатиме

⁵ Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 3/2022. С. 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45>.

в разі, якщо відповідні заходи здійснюються в співпраці з державою-агресором, її окупаційною адміністрацією тощо⁶.

Отже, колабораціонізмом, відповідно до ч. 1 ст. 111-1 КК України вважаються дії громадянина України, який публічно (на мітингах, зборах, в пресі, в мережі Інтернет, тощо) заперечує збройну агресію проти України, окупацію частини території України, закликає до підтримки дій держави-агресора, підтримує збройні формування агресора та його окупаційну адміністрацію, закликає співпрацювати з державою-агресором та її уповноваженими органами, а також до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України.

Частина 2 статті 111-1 КК України передбачає кримінальну відповідальність за добровільне зайняття громадянином України посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора⁷.

Це можуть бути незаконні органи влади, а саме державні органи чи органи місцевого самоврядування. У вказаній нормі кримінально караним є добровільне зайняття громадянином України посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у т. ч. в окупаційній адміністрації держави-агресора.

Усі органи влади, утворені на тимчасово окупованій території, крім передбачених чинними законами України, є незаконними.

⁶ Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 3/2022. С. 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45>.

⁷ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III. Дата оновлення: 01.01.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.05.2022).

Важливою ознакою об'єктивної сторони є місце вчинення кримінального правопорушення, а саме – тимчасово окупована територія.

Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 1-1 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» тимчасово окупована Російською Федерацією територія України (тимчасово окупована територія) – це частини території України, в межах яких збройні формування Російської Федерації та окупаційна адміністрація Російської Федерації встановили та здійснюють фактичний контроль або в межах яких збройні формування Російської Федерації встановили та здійснюють загальний контроль з метою встановлення окупаційної адміністрації Російської Федерації⁸.

Ці діяння необхідно відмежовувати від суміжних складів кримінального правопорушення. Якщо йдеться про зайняття керівної посади (пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій) у таких незаконних органах влади або про обрання до таких органів, то відповідальність за таке правопорушення кваліфікується за ч. 5 ст. 111-1 КК України. Проблему може становити відмежування цього складу від суміжного складу, передбаченого ч. 7 ст. 111-1 КК, – добровільне зайняття посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території. Добровільне зайняття посади, що не пов'язане з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій у будь-яких незаконних органах влади – це ч. 2 ст. 111-1 КК, а добровільне зайняття будь-якої посади в незаконних судових та правоохоронних органах – це ч. 7 ст. 111-1 КК. У першому випадку ознакою спеціальної норми є відсутність відповідних організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, а в

⁸ Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: Закон України від 05.14.2014 р. № 1207-VII. Дата оновлення: 14.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text> (дата звернення: 14.05.2022).

другому випадку – ознакою спеціальної норми є характер незаконного органу (судовий або правоохоронний)⁹.

Отже, колабораціонізмом, відповідно до ч. 2 ст. 111-1 КК України вважаються дії громадянина України, який добровільно зайняв різного роду посади у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора, а також брав участь в організації та проведенні незаконних виборів чи референдумів на тимчасово окупованій території або публічно закликав до проведення таких незаконних виборів чи референдумів на тимчасово окупованій території.

Частина 3 статті 111-1 КК України передбачає кримінальну відповідальність за здійснення громадянином України пропаганди у закладах освіти незалежно від типів та форм власності з метою сприяння здійсненню збройної агресії проти України, встановленню та утвердженню тимчасової окупації частини території України, уникненню відповідальності за здійснення державою-агресором збройної агресії проти України, а також дії громадян України, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти¹⁰.

Відповідно, новели кримінального законодавства передбачають особливу кримінальну відповідальність за поширення антиукраїнської пропаганди у сфері освіти.

Кримінальне правопорушення вважатиметься закінченим з моменту, коли особа здійснила хоча б один пропагандистський вчинок (тобто достатньо однієї заяви), або розпочала дії, направлені на зміну стандартів освіти у закладах освіти. Заборони поширюються на всю освітню сферу, як державну, комунальну, так і приватну.

⁹ Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 3/2022. С. 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45>.

¹⁰ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III. Дата оновлення: 01.01.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.05.2022).

Це правопорушення необхідно відмежовувати від пропаганди війни (ст. 436 КК України). Пропаганда війни полягає в публічних закликах до агресивної війни або до розв'язання воєнного конфлікту, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій із метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів. Оскільки пропаганда війни є більш тяжким кримінальним правопорушенням, розглядуване правопорушення за ч. 3 ст. 111-1 КК України може частково виглядати як привілейований склад пропаганди війни (якщо вона має на меті сприяння збройній агресії проти України та здійснюється в закладах освіти)¹¹.

Отже, колабораціонізмом, відповідно до ч. 3 ст. 111-1 КК України вважаються здійснення громадянином України пропаганди в інтересах держави-агресора у будь-яких закладах освіти та сприяння впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти України.

Частина 4 статті 111-1 КК України передбачає кримінальну відповідальність за передачу матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора, та/або провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, у тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора¹².

Відповідно до даної норми, мається на увазі добровільна співпраця, якщо, особу примушують до вчинення відповідних дій, ці дії не будуть протиправними. Особою, яка може бути притягнута до кримінальної відповідальності за вчинення даного кримінального правопорушення, може бути не тільки громадянин України, а й будь-яка особа, яка на законних підставах володіє певними матеріальними ресурсами чи здійснює

¹¹ Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 3/2022. С. 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45>.

¹² Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III. Дата оновлення: 01.01.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.05.2022).

господарську діяльність на території України на момент початку вчинення кримінального правопорушення.

Фактично під категорію провадження господарської діяльності у взаємодії з незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, потрапляє будь-яке постачання товару, виконання робіт, надання послуг таким органам влади (окупаційній адміністрації) або державі-агресору¹³.

Кримінальне правопорушення вважатиметься закінченим з моменту здійснення передачі будь-яких матеріальних ресурсів або від початку провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором та/або незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території.

У разі встановлення фактів здійснення такої господарської діяльності, необхідно визначати, хто діяв і приймав рішення від імені такого суб'єкта господарювання. Це буде, перш за все, керівник, особа, що виконує його обов'язки, або інша особа, що діяла від імені суб'єкта господарювання (під час переговорів, укладення й підписання договору, поставки товарів, робіт, послуг). Особи, що виконували технічні функції (продавці, комірники), залежно від їх умислу, можуть бути пособниками в такому злочині, або їх діяння може не підпадати під ознаки об'єктивної сторони злочину (здійснення господарської діяльності)¹⁴.

Частина 5 статті 111-1 КК України передбачає кримінальну відповідальність за добровільне зайняття громадянином України посади, пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-

¹³ Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 3/2022. С. 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45>.

¹⁴ Там само.

агресора, або добровільне обрання до таких органів, а також участь в організації та проведенні незаконних виборів та/або референдумів на тимчасово окупованій території або публічні заклики до проведення таких незаконних виборів та/або референдумів на тимчасово окупованій території¹⁵.

Визначальною відмінністю із ч. 2 ст. 111-1 КК України є зайняття особою керівної посади, що пов'язана з виконанням адміністративно-господарських або організаційно-розпорядчих функцій.

Відповідно до постанови Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 р. № 5:

– організаційно-розпорядчі обов'язки – це обов'язки зі здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності;

– адміністративно-господарські обов'язки – це обов'язки з управління чи розпорядження державним, колективним або приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо)¹⁶.

Добровільне обрання до органів влади, створених на тимчасово окупованій території, у т. ч. в окупаційній адміністрації держави-агресора, може відбуватись як у прямий спосіб (шляхом голосування населення), так і в непрямий (обрання певним органом).

Важливим і для першого виду діяння, і для другого є їх учинення на тимчасово окупованій території України. При цьому публічні заклики можуть бути вчинені й за межами тимчасово окупованої території.

¹⁵ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III. Дата оновлення: 01.01.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.05.2022).

¹⁶ Про судову практику у справах про хабарництво: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 р. № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02#Text> (дата звернення: 14.05.2022).

Щодо складу правопорушення участь в організації та проведенні незаконних виборів або референдумів на тимчасово окупованій території, то йдеться про участь в органах, що проводять незаконні вибори, референдуми – виборчих комісіях чи інших аналогічних органах, інша участь в проведенні виборів, наприклад, в якості кандидата, спостерігача від кандидата¹⁷.

Частина 6 статті 111-1 КК України передбачає кримінальну відповідальність за організацію та проведення заходів політичного характеру, здійснення інформаційної діяльності у співпраці з державою-агресором та/або його окупаційною адміністрацією, спрямованих на підтримку держави-агресора, її окупаційної адміністрації чи збройних формувань та/або на уникнення нею відповідальності за збройну агресію проти України, за відсутності ознак державної зради, активна участь у таких заходах¹⁸.

Під здійсненням інформаційної діяльності розуміється створення, збирання, одержання, зберігання, використання та поширення відповідної інформації.

Ці склади правопорушення є об'ємними, оскільки охоплюють не лише проведення заходів політичного та інформаційного характеру, але й активну участь у таких заходах, це фактично дії по керуванню т. зв. «масовки». Щодо активної участі в заходах – це оціночна категорія. Активна участь може полягати, наприклад, у виступах, вигуках у гучномовці, впливі на інших учасників політичного заходу. Лише сама присутність на мітингу, в т. ч. з певним плакатом, не утворює активної участі¹⁹.

¹⁷ Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 3/2022. С. 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45>.

¹⁸ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III. Дата оновлення: 01.01.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.05.2022).

¹⁹ Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 3/2022. С. 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45>.

Здійснення інформаційної діяльності – також доволі широка оціночна категорія. По суті будь-яка діяльність із поширення, пошуку, одержання, споживання, зберігання інформації²⁰.

Суб'єктом кожного із цих кримінально протиправних діянь є будь-яка особа незалежно від громадянства. Важливим для кваліфікації за цією частиною є відсутність ознак державної зради. Оскільки склад цього кримінального правопорушення є дуже подібним до державної зради, то під час кваліфікації відповідного діяння передусім варто з'ясувати наявність ознак державної зради, зокрема: громадянство України; інформаційний чи фізичний перехід на бік ворога; шпигунство; надання іноземній державі чи організації допомоги в проведенні підривної діяльності проти України.

Отже, колабораціонізмом, відповідно до ч. 6 ст. 111-1 КК України є організація та проведення заходів політичного характеру, як то з'їзди, збори, мітинги, походи, демонстрації, конференції, круглі столи тощо, для підтримки держави-агресора, а також активна участь у таких заходах, здійснена виключно громадянами України.

Частина 7 статті 111-1 КК України передбачає кримінальну відповідальність за добровільне зайняття громадянином України посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, а також добровільна участь громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території, та/або в збройних формуваннях держави-агресора чи надання таким формуванням допомоги у веденні бойових дій проти Збройних Сил України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, добровольчих формувань, що були утворені

²⁰ Дорогих С. О. Сутність та визначення понять. Інформаційна діяльність та Інформаційна діяльність органів влади. *Інформація і право*. 2013. № 3(9). С. 74–82. URL: <http://ippi.org.ua/sites/default/files/13dsodov.pdf>.

або самоорганізовувалися для захисту незалежності, суверенітету та територіальної цілісності України²¹.

Відповідно до примітки до ст. 260 КК України під воєнізованими слід розуміти формування, які мають організаційну структуру військового типу, а саме: єдиноначальність, підпорядкованість та дисципліну, і в яких проводиться військова або стройова чи фізична підготовка. Під збройними формуваннями слід розуміти воєнізовані групи, які незаконно мають на озброєнні придатну для використання вогнепальну, вибухову чи іншу зброю²².

Визначальною відмінністю від ч. 2 ст. 111-1 КК України, можна стверджувати, якщо особа обіймає посаду в незаконних судових або правоохоронних органах, безпосередньо пов'язану з виконанням функцій цих органів – здійснення правосуддя або правоохоронної діяльності, то дії такої особи слід кваліфікувати за ч. 7 ст. 111-1 КК України. В іншому випадку – за ч. 2 ст. 111-1 КК України (наприклад, особа є прибиральницею в незаконно створеному суді).

Також, необхідно відмежовувати другий вид діяння даної норми від ст. 260 КК України за територією вчинення. Якщо особа добровільно бере участь у такому формуванні на тимчасово окупованій території, тоді слід кваліфікувати за ст. 111-1 КК України. В іншому випадку – за ст. 260 КК України.

Вказаний склад кримінального правопорушення передбачає широкий діапазон незаконних дій – від зайняття посад в органах судової влади, правоохоронних органах до надання допомоги збройним формуванням держави-агресора у веденні бойових дій проти України. При цьому надання

²¹ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III. Дата оновлення: 01.01.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.05.2022).

²² Там само.

допомоги може бути здійснене у різноманітних формах, у тому числі шляхом надання інформації щодо пересування військової техніки²³.

Отже, колабораціоністами, відповідно до ч. 7 ст. 111-1 КК України вважаються громадяни України, які добровільно зайняли посади в створених державою-агресором судових або правоохоронних органах, а також добровільно брали участь в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях держави-агресора чи надавали таким формуванням допомогу у веденні бойових дій проти України.

Частина 8 статті 111-1 КК України передбачає кримінальну відповідальність за вчинення особами, зазначеними у ч. 5 та ч. 7 ст. 111-1 КК України, дій або прийняття рішень, що призвели до загибелі людей або настання інших тяжких наслідків. Тяжкими наслідками вважається шкода, що в одну тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Частину 8 не можна застосовувати через помилку, адже у ч. 8 ст. 111-1 КК України не вказано, які саме діяння повинні спричинити зазначені наслідки.

Висновки. Боротьба із злочинами проти основ національної безпеки України неможлива без усебічного юридичного аналізу й глибокого знання складу зазначених норм. Наведений аналіз свідчить про широку можливість притягнення до відповідальності колаборантів та тяжкість покарання за такі кримінальні правопорушення, особливо пов'язані із створенням та діяльністю на окупованих територіях України державних інститутів.

Передумовою внесення відповідних змін до КК України стало своєчасне й ефективне реагування законодавства на загрозу життєвим інтересам держави та безпеки її громадян.

²³ Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 3/2022. С. 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45>.

Також, як вже зазначалося вище, у ст. 111-1 КК України передбачено одразу вісім частин, майже в кожній з яких до того ж описані по декілька складів кримінальних правопорушень. Така структурованість та розгалуженість кримінально-правової норми пояснюється максималізмом законодавця, який прагнув навести якомога ширший перелік діянь, що мають розцінюватись як колабораціонізм та забезпечити найбільш повну диференціацію відповідальності за кожне із таких діянь.

Та при більш глибокому аналізі об'єктивної сторони стає очевидним, що законодавець спричинив порушення логічної структури відповідного розділу КК України та допустив змішування визначень об'єктивних сторін кримінальних правопорушень, передбачених іншими статтями КК України.

Список використаних джерел

1. Дорогих С. О. Сутність та визначення понять. Інформаційна діяльність та Інформаційна діяльність органів влади. *Інформація і право*. 2013. № 3(9). С. 74–82. URL: <http://ippi.org.ua/sites/default/files/13dsodov.pdf>.
2. Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 3/2022. С. 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45>.
3. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341–III. Дата оновлення: 01.01.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 14.05.2022).
4. Про введення воєнного стану в Україні: Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022. Дата оновлення: 14.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> (дата звернення: 14.05.2022).
5. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: Закон України від 05.14.2014 р. № 1207-VII. Дата оновлення: 14.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text> (дата звернення: 14.05.2022).
6. Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12.05.2015 р. № 389-VIII. Дата оновлення: 14.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text> (дата звернення: 14.05.2022).
7. Про судову практику у справах про хабарництво: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 р. № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02#Text> (дата звернення: 14.05.2022).

8. Указ Президента України Про Стратегії сталого розвитку «Україна – 2030» від 30.09.2019 р. № 722/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text> (дата звернення: 14.05.2022).

REFERENCES

1. Dorohykh, S.O. (2013). The essence and definition of Information activity and Information activity of authorities. *Information and law*, 3 (9), 74–82. URL: <http://ippi.org.ua/sites/default/files/13dsodov.pdf> [in Ukrainian].
2. Kravchuk, O.O., Bondarenko, M.S. (2022). Collaborative activities: scientific and practical commentary on the new article 111-1 of the Criminal Code. *Legal scientific electronic journal*, 3/2022, 198–204. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-3/45> [in Ukrainian].
3. Criminal Code of Ukraine of April 5, 2001 № 2341–III. Date of update: 01.01.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (access date: 14.05.2022) [in Ukrainian].
4. On the imposition of martial law in Ukraine: Decree of the President of Ukraine of February 24, 2022 № 64 / 2022. Date of renewal: 14.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> (access date: 14.05.2022) [in Ukrainian].
5. On ensuring the rights and freedoms of citizens and the legal regime in the temporarily occupied territory of Ukraine: Law of Ukraine of 05.14.2014 № 1207-VII. Date of renewal: 14.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text> (access date: 14.05.2022) [in Ukrainian].
6. On the legal regime of martial law Law of Ukraine of May 12, 2015 № 389-VIII. Date of renewal: 14.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text> (access date: 14.05.2022) [in Ukrainian].
7. On Judicial Practice in Cases of Bribery: Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine of April 26, 2002 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-02#Text> (appeal date: 14.05.2022) [in Ukrainian].
8. Decree of the President of Ukraine on Sustainable Development Strategies «Ukraine – 2030» of September 30, 2019 № 722/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text> (appeal date: 14.05.2022) [in Ukrainian].

Symonenko N. O. Criminal law novel about collaboration activities

The article is devoted to the criminal law analysis of Art. 111-1 of the Criminal Code of Ukraine «Collaborative activities». The object of criminal offenses is the foundations of national security of Ukraine. Additional objects may include human life and health and property rights. Subjects in Part 1, Part 2, Part

3, Part 5, Part 7. – these are only citizens of Ukraine (special subject), in part 4 and part 6 – these are any persons (general subject). Subjective side – direct or indirect intent. In terms of the composition of offenses important for the correct criminal-legal qualification of the act is the purpose: for Part 3 – the purpose of propaganda; under Part 6 - the purpose of organizing and conducting measures (or) and namely active participation in them in support of the aggressor state or its avoidance of responsibility for armed aggression against Ukraine). The objective side is disclosed for each corpus delicti under Art. 111-1 CC. The correlation of this composition of a criminal offense with related criminal offenses, such as Article 111 of the Criminal Code of Ukraine «Treason» and Article 260 of the Criminal Code of Ukraine «Creation of paramilitary or armed formations not provided by law».

Key words: Collaborative activity, crimes against the foundations of national security of Ukraine, martial law, armed conflict.

УДК 343.32(477)

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.259424>

О. І. Матюшенко,

канд. наук з держ. управл.,
завідувачка кафедри кримінального
права Національної академії
внутрішніх справ

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПОЗБАВЛЕННЯ ПРАВА ОБІЙМАТИ ПЕВНІ ПОСАДИ АБО ЗАЙМАТИСЯ ПЕВНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ЗА КОЛАБОРАЦІЙНУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Статтю присвячено розкриттю проблемних питань покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 111-1 Кримінального кодексу України. У статті констатовано небезпеку колабораційної діяльності, проаналізовано законодавчі зміни щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність у ст. 111-1 Кримінального кодексу України. Встановлено, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне і як додаткове покарання повинне призначатися лише у випадках безпосереднього зв'язку вчиненого кримінального правопорушення з посадою, яку обіймає винний, або з діяльністю, якою така особа займається. Доведено, що у чинній редакції ч. 1 та ч. 2 ст. 111-1 Кримінального кодексу України позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може призначатися особам, які ніколи не обіймали певні посади або не займалися певною діяльністю. Констатовано безальтернативний характер санкцій у ч. 1, ч. 2 ст. 111-1 Кримінального кодексу України, що значно звужує коло осіб, яким може бути інкримінований аналізований злочин. Зазначено особливу роль осіб, які виконують функції держави і вчиняють колабораційну діяльність у різних її формах, у першу чергу – у закладах освіти (ч. 3 ст. 111-1 Кримінального кодексу України), на можливий потужний вплив на недостатньо стійко сформовану свідомість учнів та студентів. Запропоновано встановити необмежені строки призначення покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю у разі вчинення колабораційної діяльності під час дії воєнного чи надзвичайного часу, особами, які є представниками органів державної влади, здійснюють організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки або проявів колабораційної діяльності у закладах освіти, щодо школярів чи студентів.

Ключові слова: санкції, основне покарання, додаткове покарання, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, колабораційна діяльність.

Вступ. Колабораціонізм підриває національну безпеку України, становить безпосередню загрозу державному суверенітету, територіальній цілісності, конституційному ладу та іншим національним інтересам України. Для припинення такої діяльності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 03.03.2022 року № 2108-IX¹ до Кримінального кодексу України (далі – КК) внесено такі зміни:

1. Розділ 1 «Злочини проти основ національної безпеки України» Особливої частини КК доповнено новою кримінально-правовою нормою, що передбачає кримінальну відповідальність за колабораційну діяльність.

2. Зазнали змін положення статті 55 КК «Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю»: розширено строки позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основного або додаткового покарання за вчинення кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України, передбачених статтею 111-1 КК. У такому випадку позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю призначається на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

3. Розширено підстави для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру, якими тепер є і вчинення уповноваженою особою від імені юридичної особи будь-якого із кримінальних правопорушень, передбачених статтями 111-1 КК.

4. Удосконалено та розширено сферу застосування заходів кримінально-правового характеру, що застосовуються до юридичних осіб, а саме: на сьогодні ліквідація юридичної особи застосовується судом у разі

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України від 03.03.2022 р. № 2108-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#Text>.

вчинення її уповноваженою особою будь-якого із кримінальних правопорушень, передбачених ст. 111-1 КК².

Метою вказаних законодавчих змін до положень чинного КК мало бути встановлення справедливого покарання для осіб, які співпрацюють з державою-агресором, а також обмеження доступу таких осіб до посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування. Як впливає зі змісту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 03.03.2022 року № 2108-IX, його завданням є:

1. обмеження доступу до зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування, строком до 15 років;
2. встановлення інших покарань для осіб, які співпрацювали з державою-агресором, її окупаційною адміністрацією та/або її збройними чи воєнізованими формуваннями;
3. можливість ліквідації юридичних осіб, уповноважені особи яких здійснювали таку співпрацю, шляхом встановлення кримінальної відповідальності за відповідні діяння.

Слід вказати, що прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 03.03.2022 року є дещо запізнлим, адже ще 24.02.2021 року у Верховній Раді України був зареєстрований Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність)», реєстр. № 5144 від 24.02.2021 р.³.

Вказаний проект мав на меті встановлення кримінальної відповідальності за сприяння Російській Федерації у здійсненні агресивних

² Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

³ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність): проект Закону України від 24.02.2021 р. № 5144. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71220.

дій, розгортанні збройного конфлікту проти України, включаючи підтримку збройних формувань та окупаційних адміністрацій держави-агресора та інші дії, які кваліфікуються як колабораціонізм.

Актуальність дослідження зумовлена тим, що особи, причетні до вчинення колабораціонізму, можуть претендувати на посади в органах державної влади, впливати на формування державної політики та інформаційного простору України, що є неприпустимим в умовах продовження збройної агресії та ведення бойових дій.

Юридичний аналіз окремих складів злочинів проти основ національної безпеки України та питання їх кваліфікації, а також проблемні питання покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, здійснювали та вивчали такі вчені, як М. О. Акімов, П. С. Берзін, А. А. Вознюк, О. О. Дудоров, В. В. Кузнецов, В. О. Навроцький, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, В. І. Шакур, Д. С. Шиян, Н. М. Ярмиш та ін.

Постановка завдання.

Урегулювання проблемних питань призначення покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 111-1 КК неможливе без обмеження ряду прав осіб, причетних до колабораціонізму. Тому **метою даної статті** є вивчення особливостей та підстав призначення покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Виклад основного матеріалу.

Предметом нашого наукового інтересу є покарання за кримінальне правопорушення, передбачене ст. 111-1 КК, – позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, яке передбачається як основний або додатковий вид покарання в межах санкцій вказаної норми. При чому, у ч. 1 та ч. 2 ст. 111-1 КК позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю є основним видом покарання, а у ч. 3–8

ст. 111-1 КК – додатковим. Але у всіх випадках розмір аналізованого покарання є незмінним: від 10 до 15 років.

Загалом, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю полягає у припиненні на визначений судом строк права перебування на посадах в державних органах та їх апараті, в органах місцевого самоврядування або на посадах підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, якщо надані за посадою повноваження використовувала особа для вчинення кримінального правопорушення. Позбавлення права обіймати певні посади призначається особам, які обіймають посади на будь-яких підприємствах, в установах і організаціях, незалежно від їх форми власності. При цьому ці посади можуть бути оплачувані й неоплачувані, постійні й тимчасові, штатні й позаштатні, виборні й ті, що заміщуються за призначенням, керівні й рядові. Позбавлення права займатися певною діяльністю полягає у припиненні на визначений судом строк права на службову або професійну діяльність, або іншу діяльність, регламентовану відповідними правилами, якщо її здійснення пов'язане із вчиненням кримінального правопорушення⁴.

У ст. 55 КК відсутнє закріплення правових підстав призначення позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основного та як додаткового покарання, коли воно передбачене у санкції норми Особливої частини КК. Логічно, що в обох випадках підстави мають бути єдині, однакові для призначення як основного, так і додаткового покарання: кримінальне правопорушення вчинено з використанням займаної посади або у зв'язку із зайняттям певною діяльністю, адже використання службового становища, службової, професійної або іншої діяльності, регламентованої відповідними правилами, виступає способом посягання на об'єкт і знаходиться у причинному зв'язку з наслідками, що настали.

⁴ Шиян Д. С. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як вид кримінального покарання: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. Дніпропетровськ, 2008. С. 57.

Виникає питання про сутність підстав призначення позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю у випадку вчинення діяння, передбаченого ст. 111-1 КК. За загальноприйнятим правилом, вчинення кримінального правопорушення з використанням займаної посади полягає у використанні або неналежному використанні при його вчиненні службового становища, службових прав і повноважень. Вчинення кримінального правопорушення у зв'язку із зайняттям певною діяльністю полягає у вчиненні кримінального правопорушення безпосередньо пов'язаного зі службовою, професійною діяльністю або іншою діяльністю, регламентованою відповідними правилами. Зловживання службовими або професійними обов'язками, порушення, недотримання чи неналежне виконання їх або інших відповідних правил, що встановлюють права та обов'язки, повинно безпосередньо пов'язуватись із вчиненням кримінального правопорушення.

Іншими словами, зазначений вид покарання може бути призначений як основний або як додатковий лише за умови вчинення винним кримінального правопорушення з використанням певної посади або у зв'язку із зайняттям певною діяльністю.

Суд може позбавити винного права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за наявності та інших підстав, лише якщо він обіймав посади або займався діяльністю законно. Якщо винна особа обіймала певну посаду або займалася певною діяльністю незаконно, суд не може позбавити винного робити це законно, оскільки у такому випадку засуджений може продовжувати обіймати певну посаду або займатися певною діяльністю незаконно. Обіймання певної посади або здійснення певної діяльності обов'язково повинні мати юридичні підстави на момент вчинення злочину. Фактичне виконання певних обов'язків або здійснення

певної діяльності не створює підстав для призначення даного виду покарання⁵.

Натомість, як випливає з аналізу диспозиції ст. 111-1 КК, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ч. 1, 2 ст. 111-1 КК) можуть призначатися особам, які ніколи раніше не обіймали певні посади або не займалися певною діяльністю. Крім того, виникає зауваження і щодо безальтернативного характеру санкцій у ч. 1, ч. 2 ст. 111-1 КК, що передбачає лише вказаний вид покарання. Така ситуація значно звужує коло осіб, яким може бути інкриміноване діяння у вказаних частинах 1 і 2 ст. 111-1 КК.

Отже, даний вид покарання (і як основне, і як додаткове) повинен призначатися лише у випадках, якщо кримінальне правопорушення було пов'язане з посадою, яку обіймає винний, або з діяльністю, якою така особа займається.

Зважаючи на особливі умови воєнного стану, в якому вже кілька місяців живе Україна, на особливу роль осіб, які вчиняють колабораційну діяльність у різних її формах, у першу чергу тих, що описані в ч. 3 ст. 111-1 КК (мова йде про пропаганду у закладах освіти), на можливий потужний вплив осіб, які виконують функції держави і провадять таку незаконну діяльність, на недостатньо стійко сформовану свідомість учнів та студентів, ми вбачаємо за необхідне встановити необмежені строки призначення покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю у разі вчинення колабораційної діяльності у таких випадках:

а) протягом дії воєнного чи надзвичайного часу,

⁵ Шиян Д. С. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як вид кримінального покарання: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. Дніпропетровськ, 2008. С. 138.

б) стосовно осіб, які є представниками органів державної влади, здійснюють організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки,

в) якщо прояви колабораційної діяльності спрямовані на школярів чи студентів⁶.

Висновки.

Таким чином, за наявності зазначених обставин пропонується позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне та додаткове покарання призначати без обмежень в часі, тобто довічно. Крім того, даний вид покарання (і як основне, і як додаткове) повинен призначатися лише у випадках, якщо вчинення кримінального правопорушення було пов'язане з посадою, яку обіймає винний, або з діяльністю, якою він займається.

Список використаних джерел

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України від 03.03.2022 р. № 2108-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#Text>.

2. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність): проєкт Закону України від 24.02.2021 р. № 5144. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71220.

4. Шиян Д. С. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як вид кримінального покарання: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. Дніпропетровськ, 2008. 270 с.

5. Матюшенко О. І., Мостепанюк Л. О. Про деякі види покарання в контексті змін до Кримінального кодексу України. *Кримінально-правові,*

⁶Матюшенко О. І., Мостепанюк Л. О. Про деякі види покарання в контексті змін до Кримінального кодексу України. *Кримінально-правові, кримінологічні, кримінальні процесуальні та криміналістичні проблеми протидії злочинності в умовах воєнного стану*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (електронне видання), 20 квітня 2022 р. / упоряд.: Євген Письменський. Нац. акад. внутр. справ, Львів. держ. ун-т внутр. справ, Дніпропет. держ. ун-т внутр. справ, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Київ–Львів–Дніпро, 2022. С. 33.

кримінологічні, кримінальні процесуальні та криміналістичні проблеми протидії злочинності в умовах воєнного стану: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (електронне видання), 20 квітня 2022 р. / упоряд.: Євген Письменський. Нац. акад. внутр. справ, Львів. держ. ун-т внутр. справ, Дніпропет. держ. ун-т внутр. справ, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Київ–Львів–Дніпро, 2022. 125 с.

REREFERENCES

1. Pro vnesennia zmin do deiakuh zakonodavchuh aktiv Ukrainu schodo vstanovlennia kruminalnoi vidpovidalnosti za kolaboratsiiny diialnist: Zakon Ukrainu. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#Text> [in Ukrainian].
2. Kruminalnui kodeks Ukrainu. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> [in Ukrainian].
3. Pro vnesennia zmin do deiakuh zakonodavchuh aktiv (schodo vstanovlennia kruminalnoi vidpovidalnosti za kolaboraciiny diialnist): proekt zakony Ukrainu. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71220 [in Ukrainian].
4. Schuian, D.S. (2008) Pozbavlennia prava obiimatu pevni posadu abo zaimatusia pevnoiy diialnistiy iak vud kruminalnoho pokarannia. Dnipropetrovsk [in Ukrainian].
5. Matuschenko, O.I., Mostepaniuk, L.O. (2022). Pro deiaki vudu pokarannia v konteksti zmin do Kruminalnoho kodeksy Ukrainu. *Kruminalno-pravovi, kruminologichni, kruminalni procesyalni ta kruminalistichni problemu protudii zlochunnosti v umovah voennoho stany*. Kiyv-Lviv-Dnipro [in Ukrainian].

Matiushenko O. I. Problematic issues of deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activity for collaborative activity

The article states the danger of collaboration, the legislative changes to establish criminal liability for collaboration activities are analyzed in Art. 111-1 of the Penal Code of Ukraine. The article is devoted to the analysis of punishment in the form of deprivation of the right to occupy a certain position or engage in certain activities for committing a criminal offense under the Article 111-1 of the Penal Code of Ukraine. It is established that deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activities, as the main and additional punishment should be imposed only in cases of direct connection of the criminal offense with the position held by the perpetrator or with the activity of this person. It is proved that in the current edition of Part 1 and Part 2 of Article 111-1 of the Penal Code of Ukraine deprivation of the right to occupy certain positions or to be engaged in certain activity can be imposed to the people who never occupied certain positions or were not engaged in certain activity. The non-alternative nature of sanctions in Part 1, Part 2 of Article 111-1 of the Penal Code of Ukraine that considerably narrows a range of the people to whom the analyzed crime can be incriminated. The special role of people who perform the functions of

the state and carry out collaborative activities in its various forms, especially in educational institutions (Part 3 of Article 111-1 of the Penal Code of Ukraine), on the possible powerful impact on insufficiently stable consciousness of pupils and students. It is proposed to set unlimited terms of imprisonment in the form of deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activities in the case of collaborative activities during wartime or emergency, people who are representatives of public authorities, perform organizational or administrative duties of collaborative activity in educational institutions towards pupils or students.

Key words: *sanctions, main punishment, additional punishment, deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities, collaborative activity.*

УДК 343.542.1
343.59

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.254807>

О. Е. Радутний,
канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри
кримінального права № 1
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

РОЗБЕЩЕННЯ ТА РОЗПУСНІ ДІЇ ЗА СТ. 156 КК УКРАЇНИ В КООРДИНАТАХ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ

У статті викладені критичні зауваження стосовно формулювання ст. 156 «Розбещення неповнолітніх» КК України, виявлено її невідповідність положенням Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25.10.2007 р., а так само відсутність законодавчого закріплення змісту та обсягу понять «розбещення» (ст. 156 КК України) та «розпусні дії» (ст.ст. 181, 156, 302 КК України), що відповідно до принципу правової визначеності є порушенням вимог ст. 8 Конституції України. Сформульовано тезу про неприпустимість відсилання бланкетної норми кримінального законодавства (ст.ст. 181, 156, 302 КК України) до неконкретизованих норм моралі, яка, зі свого боку, має історично мінливий характер та відрізняється залежно від ставлення до релігії, політичних або корпоративних уподобань, поглядів меншин або представників різних рас, національностей і гендерів тощо. Запропоновано нову редакцію ст. 156 «Розбещення особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку» КК України.

Ключові слова: *статева свобода, статева недоторканість, розбещення, розпуста, сексуальна розпуста, розпусні дії, мораль, норми моралі, правова визначеність, верховенство права, Лансаротська конвенція, потерпіла особа, наукове ворожіння.*

Постановка проблеми й актуальність теми. Відповідно до положень ст. 22 «Розбещення дітей» Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25.10.2007 р. (ухвалена в Лансароте, Іспанія, підписана усіма державами-членами Ради Європи, набула чинності у 2010 р., ратифікована Законом України № 4988-VI від 20.06.2012 р., далі – «Конвенція», «Лансаротська конвенція»¹ кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення криміналізації умисного спонукання дитини, яка не досягла віку, передбаченого

¹ Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (ратифікована з заявами Законом України № 4988-VI від 20 червня 2012 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_927#Text.

п. 2 ст. 18 цієї Конвенції, спостерігати за сексуальним насильством або діяльністю сексуального характеру, навіть якщо вона не бере в цьому участі.

На рівні чинного законодавства Україна вказана пропозиція знайшла відображення в ст. 156 «Розбещення неповнолітніх» КК України, яка у межах основного складу кримінального правопорушення за частиною першою передбачає відповідальність за «вчинення розпусних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку». Таке рішення законодавця виглядає вельми суперечливим і являє собою недостатньо ефективну форму імплементації вищезгаданої конвенційної норми, адже у назві ст. 156 КК України у відповідності до Конвенції йдеться про «розбещення», а між тим її диспозиція оперує зовсім іншим терміном, а саме – «розпуста» (розпусні дії), що разом з неоднаковим визначенням віку потерпілої особи (у назві – неповнолітня, тобто до вісімнадцяти років, у диспозиції – особа, яка не досягла шістнадцятирічного віку) утворює певну системну неузгодженість, перешкоди у прозорому тлумаченні та належній обґрунтованості під час кваліфікації на практиці.

Такі істотні недоліки можуть бути викликані значним поширенням некваліфікованого та безсистемного підходу до внесення змін в чинні нормативні акти, який В. М. Киричко іменує «законодавчим вірусом»², що у свою чергу призводить до сформульованої І. Ф. Коржем «аберації нормативно-правової інформації»³ (свідомого або несвідомого викривлення змісту останньої), подолання негативних наслідків чого у багатьох випадках потребує застосування «наукового ворожіння»⁴ – вимушеного методу тлумачення сучасних нормативних актів, який полягає у відшукуванні незбагненого промис-

² Киричко В. М. Законодавчий вірус у системі КК України: визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст. 368-2 КК «Незаконне збагачення». *Проблеми законності*. 2016. Вип. 133. С. 142–151. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.133.70893>; Киричко В. М. Про системні законодавчі віруси і соціальні засади створення нової системи Кримінального кодексу України. *Вісник асоціації кримінального права України*, 2021. № 16. С. 1–26. URL: <http://vakp.nlu.edu.ua/issue/view/14857>.

³ Корж І. Ф. Аберация нормативно-правової інформації. *Інформація і право: науковий журнал / редкол.: В. Г. Пилипчук та ін.* Київ: Науково-дослідний інститут інформатики і права Національної академії правових наук України, 2021. № 1 (36). С. 9–17.

⁴ Радутний О. Е. Стан інформаційно-законодавчої діяльності на прикладі Кримінального кодексу України. *Інформація і право: науковий журнал / редкол.: В. Г. Пилипчук та ін.* Київ: Науково-дослідний інститут інформатики і права Національної академії правових наук України, 2016. № 3 (18). С. 58–67.

лу та проявленого вищого духу в законодавчих рішеннях зібраних до купи випадкових для певної справи людей, пояснення результатів їх нормотворчої діяльності у системному зв'язку з вже існуючими нормами, намагання власними науковими силами усунути виявлені протиріччя.

Разом з тим, жодні перешкоди не можуть уповільнити рух у напрямку вдосконалення захисту прав людини і громадянина, в тому числі протидії правопорушенням проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, необхідність та нагальність чого у повній мірі обумовлюють актуальність теми обраного наукового дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зважаючи на ту належну увагу, яку було приділено охороні прав і свобод в сфері статевих відносин у працях В. І. Борисова, Л. П. Брич, А. В. Горностай, О. М. Джужі, Л. В. Дорош, О. О. Дудорова, В. В. Ємельяненка, І. А. Копйової, І. В. Лисенко, Т. Д. Лисько, Р. Л. Максимович, Г. Я. Мартинишина, І. І. Митрофанова, В. О. Навроцького, В. Ю. Омецинської, К. М. Плутицької, О. П. Рябчинської, М. І. Хавронюка, О. В. Харитонової, В. В. Сташиса та багатьох інших, тим не менш, слід визнати наявність факту залишення поза неупередженим дослідженням та розкриттям змісту і обсягу понять «неприродний спосіб» статевих відносин, «розбещення» та «розпуста», перше з яких вже частково втратило свою актуальність у кримінально-правовому аспекті (з урахуванням положень частини 2 та 3 ст. 4 КК України), в той час як останнє її зберігає по відношенню не тільки до ст. 156 КК України, але й щодо ст. 181 «Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів» та ст. 302 «Створення або утримання місць розпусти і звідництва» КК України.

Невиразність судової практики з приводу розглядуваного питання може бути частково пояснена через підвищену чутливість теми. Так, у значній кількості справ опис акту розбещення або розпусних дій має поверховий характер, стосується складу іншого кримінального правопорушення або обме-

жується їх загальним іменуванням (зокрема, див. ухвалу Харківського апеляційного суду від 29.12.2021 р. у справі № 635/8233/21 – «... вчинив дії спрямовані на розбещення малолітньої особи, пропозиції зустрічі, у тому числі з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем або технологій, малолітній особі, з метою вчинення стосовно неї будь-яких дій сексуального характеру або розпусних дій, у разі якщо після такої пропозиції було вчинено хоча б одну дію, спрямовану на те, щоб така зустріч відбулася, розповсюдження зображень порнографічного характеру, а також зберігання дитячої порнографії без мети збуту чи розповсюдження»⁵, ухвалу Тернопільського апеляційного суду від 25.11.2021 р. у справі № 597/90/20 – «... спрямовані на вчинення фізичних розпусних дій, в присутності малолітньої потерпілої, ... оголив свої статеві органи та в подальшому оголив статеві органи малолітньої ... далі ліг біля неї на ліжку та почав непристойно торкатися своєю рукою до статевих органів малолітньої потерпілої і схилити її до вчинення з ним певних сексуальних дій ...»⁶ тощо). В інших випадках Єдиний державний реєстр судових рішень відмовляє у доступі до останніх через відповідне посилання – «Інформація заборонена для оприлюднення згідно з пунктом 4 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про доступ до судових рішень»⁷.

Утім, навіть зазначена підвищена чутливість або (та) справедлива вимога неприпустимості зайвої натуралізації не можуть слугувати вибачальною обставиною для нечіткого формулювання або тлумачення заборони (зокрема, яка саме форма поведінки є розбещенням або розпустою на рівні загальнообов'язкового розуміння чи законодавчого закріплення, або у конкретний історично-мінливий проміжок часу суджень щодо певних дій або бездіяльності). Ще в більшій мірі це стосується вимоги відкидання зайвого святенництва

⁵ Ухвала Харківського апеляційного суду від 29.12.2021 р. у справі № 635/8233/21 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102499924>.

⁶ Ухвала Тернопільського апеляційного суду від 25.11.2021 р. у справі № 597/90/20 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101513663>.

⁷ Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80555840>; Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101441992>.

(показної форми благочестя, різновиду морального формалізму і лицемірства) у царині наукових досліджень.

Метою статті є виявлення розбіжностей у формулюванні кримінально-правової заборони (попередження) за ст. 156 «Розбещення неповнолітніх» КК України, пропозиції щодо їх усунення на підґрунті принципу правової визначеності та у системному зв'язку з положеннями Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25.10.2007 р.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до положень ст. 16 Конвенції ООН про права дитини від 20.11.1989 р. (ратифікована Постановою Верховної Ради України № 789-ХІІ від 27.02.1991 р.)⁸ жодна дитина не може бути об'єктом свавільного або незаконного втручання в здійснення її права на особисте і сімейне життя, недоторканність житла, таємницю кореспонденції або незаконного посягання на її честь і гідність. Дитина має право на захист закону від такого втручання або посягання.

У зв'язку з вищезгаданим протиріччям між назвою («розбещення», «неповнолітня особа») та диспозицією («розпусні дії», «особа, яка не досягла шістнадцятирічного віку») розглядуваної ст. 156 КК України вбачається доцільним виходити з її системного тлумачення у співвідношенні з положеннями Конвенції про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25.10.2007 р. (Лансаротська конвенція).

Попри певну зневагу або легковажність практичних працівників щодо чіткого встановлення об'єкту кримінального правопорушення, останній у значній мірі може вказувати на конкретний характер суспільно небезпечних дій або бездіяльності винної особи, зокрема, у формі розбещення або вчинення розпусних дій. Справедливо і навпаки: особливості поведінки особи

⁸ Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р. (редакція зі змінами, схваленими резолюцією 50/155 Генеральної Асамблеї ООН від 21 грудня 1995 р., Конвенцію ратифіковано Постановою Верховної Ради України № 789-ХІІ від 27.02.1991 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text.

можуть певною мірою допомогти ідентифікувати об'єкт суспільно небезпечного посягання.

Отже, розташування ст. 156 КК України у Розділі IV «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» недвозначно вказує на родовий об'єкт розглядуваного кримінального правопорушення, яким виступають суспільні відносини з охорони статевої свободи та статевої недоторканості особи. За загальним правилом основний безпосередній об'єкт завжди є частиною родового, тож його слід виявляти в площині суспільних відносин з охорони статевої свободи та статевої недоторканості особи. У переважній більшості випадків (В. І. Борисов, О. О. Дудоров, О. В. Харитонова та інші)⁹ ним щодо ст. 156 КК України пропонують визнавати статево недоторканість особи. Однак, відносно потерпілої особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, такий самий безпосередній об'єкт можуть мати кримінальні правопорушення, відповідальність за які передбачена статтями 152 «Зґвалтування», 153 «Сексуальне насильство», 154 «Примушування до вступу в статевий зв'язок», 155 «Вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку», 156-1 «Домагання дитини для сексуальних цілей» КК України.

Індивідуалізувати кримінальне правопорушення за ст. 156 КК України допомагає додатковий безпосередній об'єкт, яким виступають суспільні відносини з належного фізичного, психічного і соціального розвитку потерпілої особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку. Тож, для наявності суспільно небезпечного впливу на такий розвиток необхідною умовою виступає можливість сприйняття самою потерпілою особою факту вчинюваних з нею розпусних дій незалежно від того, чи надає вона їм відповідну загальноприйнятну

⁹ Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2020. С. 129; Дудоров О. О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики): практ. порадник / О.О. Дудоров; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. С. 80.

соціальну оцінку або не усвідомлює їх характеру (зокрема, розцінює як позитивні, негативні або нейтральні).

Виокремлення вказаного об'єкту стає можливим на підставі з'ясування змісту та обсягу поняття «розбещення», яке використовується у назві ст. 156 КК України та розкривається в ст. 22 Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25.10.2007 р. («під розбещенням дітей слід розуміти прояви умисного спонукання дитини, яка не досягла віку, передбаченого п. 2 ст. 18 цієї Конвенції, спостерігати за сексуальним насильством або діяльністю сексуального характеру, навіть якщо вона не бере в цьому участі»).

На загальнотеоретичному рівні¹⁰ під розбещенням (розтлінням) пропонують розуміти заманювання дитини у вчинення протиправних дій сексуального характеру, викривлене виховання з наголосом на такі акценти, які суперечать загальноприйнятим нормам моралі. Зазначена поведінка може передбачати цілеспрямовані дії, які викликають у потерпілої особи несвоєчасний підвищений інтерес до сексуальності, сексуальні фантазії, відчуття або певні бажання на підґрунті використання допитливості, прагнення пізнання оточуючого світу або недосвідченості дитини. Візуальне враження про явище розбещення надають малюнки відомого французького ілюстратора Мартіна ван Маеле (Martin van Maële, 1863–1926) під загальним гаслом «Розбещення» (Dépravation, 1905 р.) серії «La Grande Danse macabre des vifs» (Великий танець смерті живих).

У тому випадку, коли потерпіла особа не може або не є здатною сприймати факт вчинення щодо неї або іншої особи дій з сексуальною конотацією (напр., суттєво відволікла свою увагу, перебуває у стані звичайного сну, патологічному стані коми або сильного алкогольного чи наркотичного

¹⁰ Розбещення неповнолітніх. *Велика українська юридична енциклопедія*: у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; редкол. В.Я. Тацій [на ін.]. Харків: Право, 2017. Т. 17: Кримінальне право / гол. редкол. В.Я. Тацій. С. 852; Соціальна профілактика статевої деморалізації неповнолітніх дівчат в Україні та в Польщі: монографія / А. В. Шиделко; НАПН України, Ін-т проф.-техн. освіти. Київ: КНТ, 2015. С. 189–207.

сп'яніння, неприємності тощо) вбачається передчасним твердження про можливість впливу на її належний фізичний, психічний і соціальний розвиток, в тому числі з огляду на вищенаведені положення ст. 22 Лансаротської конвенції, адже для наявності факту розбещення дитини необхідною умовою є її увага у формі спостереження за сексуальним насильством або діяльністю сексуального характеру, навіть якщо вона не бере в цьому участі.

Усі зазначені об'єкти кримінально-правової охорони (родовий, основний та додатковий безпосередній) вказують на такий рівень суспільної небезпечності розбещення, який є цілком достатнім для його криміналізації за обов'язкової умови чіткої регламентації об'єктивної сторони розглядуваного правопорушення.

Зовнішній прояв суспільно небезпечної поведінки (об'єктивна сторона) для ст. 156 КК України сформульований у законі як вчинення розпусних дій [щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку].

Утім, цілком логічним виглядає припущення про можливе неспівпадіння понять «розбещення» та «розпуста» (розпусні дії) за своїм обсягом і змістом, коли кожне з них може поглинати інше, або утворювати області перетинання. Не має викликати заперечень також твердження про те, що розбещення завжди потребує уваги з боку потерпілої особи, у той час як розпусні дії можуть бути вчинені незалежно від наявності такої інформаційної взаємодії.

У науково-практичній літературі під розпустою (розпусними діями) пропонується розуміти таку поведінку, що має сексуальний характер і спрямована на задоволення статевої пристрасті або на збудження у потерпілої особи статевого інстинкту¹¹, або є здатною викликати фізичне і моральне розбещення неповнолітніх потерпілих¹². Між тим, задоволення статевої пристра-

¹¹ Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2020. С. 129.

¹² Дудоров О. О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики): практ. порадник / О. О. Дудоров; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. С. 80.

расті не завжди вимагає уваги стороннього спостерігача (потерпілої особи), а так само певної інформаційної взаємодії з ним (нею), яка спрямована на викривлення належного фізичного, психічного і соціального розвитку. Формулювання «розпуста, що викликає розбещення» утворює хибне зациклювання понять між собою.

Тож, виявляється, що більше тяжіють до поняття «розбещення» наступні пояснення розпусних дій в аспекті ст. 156 КК України. Так, вважають, що вони можуть бути *фізичними* (напр., оголення статевих органів суб'єкта кримінального правопорушення, потерпілої або третьої особи, непристойні докторкання до статевих органів, які викликають збудження, навчання мастурбації, вчинення або імітація статевого акту у присутності потерпілої особи за умови, що вона свідомо спостерігає за ним тощо), або *інтелектуальними* (напр., цинічні розмови на сексуальні теми, ознайомлення дитини з порнографічними зображеннями, відеофільмами, аудіо продукцією тощо). Фактично, і це повною мірою узгоджується з положеннями ст. 22 Лансаротської конвенції, у більшості проявів вони мають включати в свою орбіту свідомість потерпілої особи, яка не досягла шістнадцяти років.

Між тим, так само як і «розбещення», поняття «розпуста» (розпусні дії) не знайшло свого нормативного закріплення в чинному законодавстві України. Як було зазначено вище, такий стан утворює певні складнощі не тільки по відношенню до ст. 156 КК України, але й щодо ст. 302 «Створення або утримання місць розпусти і звідництва» КК України, а так само щодо ст. 181 «Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів» КК України в частині поєднання з «заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою» як невід'ємної складової організації або керівництва групою, діяльність якої здійснюється під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів.

Зазвичай, розпусту протиставляють діям, які заслуговують високої моральної оцінки. Так, в якості аморального позиціонується розпусний спосіб життя. – *Та ж ви не повія яка,.. адже вам не пусте в голові, не розпусти* (Коцюб., I, 1955, 45); *Головне для слуг Ватикану – не віра, а гроші, лакомство, розпусти* (Ільч., Козацьк. роду., 1958, 151); *Що ваша душа? Торба, в яку ви збирали гроші, а замість них плодили старців і розпусту. Оце і все, що ви зробили на землі...* (Стельмах, I, 1962, 421). *Кубло розпусти – місце, де паує розпуста. Стародавні римські лазні.. втратили своє гігієнічне значення, перетворившись на кубла розпусти і розсадника венеричних хвороб* (Шк. гігієна, 1954, 13); *Притулок розпусти – те саме, що дім розпусти. Невже Кайтмаза ладиться завести Шафіге до притулку розпусти?* (Тулуб, Людолови, I, 1957, 263). *Зневажання певних правил, законів. – Ой господи, яка розпуста. Яка попсованість! То це вже для їх нема й посту? – аж крикнула баба Зінька* (Н.-Лев., VI, 1966, 361); // *Непокірність, неслухняність. – Чорт його знає, що сталося з народом, — жалівся [Підпара] жінці. – Перше, що скажеш, всяк тебе слуха, а тепер хоч мовчи... така розпуста* (Коцюб., II, 1955, 52)¹³.

Не викликає сумніву той факт, що зміст і обсяг поняття «розпуста» має історично-мінливий характер, одним із своїх ймовірних корінь передбачає значення «розірвання шлюбу внаслідок розведення подружньої пари (розпусти)», за яке розведена жінка неприпустимо об'єктивувалася у відверто негативній конотації. Ознакою розпусти могло вважатися розпущене волосся або зачіска («розпустити коси»). У цьому контексті до нещодавна певна зачіска розглядалася як один із символів впорядкованості душі всередині, що виражене у відповідній формі назовні (самоствердження). Зовнішній вираз (або його відсутність) впорядкованості душі та самоорганізації психіки слугував маркером (не-)відповідності певній аксіологічній шкалі (системі цінностей), в якій «пuste» (розпуста) означало відсутність внутрішньої дисципліни конк-

¹³ Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1970–1980. Т. 7. С. 784. URL: <http://ukrlit.org/slovnnyk/rozputa>.

ретної особистості. Тож, зовсім нещодавно, зокрема, п'ятдесят і менше років тому, публічне обговорення політичних прав окремих категорій населення, жіночого оргазму, носіння коротких спідниць, розкльошених штанів або джинсової одежі, довгого волосся у чоловіків як будівників світлого майбутнього, самостійне подорожування або перебування жінки у закладі харчування без супроводу чоловіка тощо мало потужні перспективи бути чітко визначеним як прояв розпусти.

Між тим, на наших очах поступово змінюється загальне ставлення до багатьох проявів людської поведінки. Так, Всесвітня організація охорони здоров'я у 1992 р. виключила гомосексуальність з міжнародної класифікації хвороб, Папа Франциск активно сприяє толерантному ставленню церкви до одностатевих сексуальних відносин, для підтримки працівників порно індустрії створений і діє Комітет із захисту прав працівників індустрії для дорослих (Adult Performer Advocacy Committee)¹⁴, починаючи з 2006 р. в м. Торонто (Канада) щороку визначають найкращі досягнення феміністської¹⁵ порноіндустрії (Feminist Porn Award¹⁶) тощо.

Але при цьому відсилання бланкетної норми (ст. 156 КК України) до не повною мірою конкретизованих понять моралі або розпусти у певних їх проявах та в аспекті кримінального права є вельми згубним для останнього.

Оскільки зміст та обсяг понять «мораль», «моральні критерії суспільства», «моральні цінності» та «моральні дії», з одного боку, та «розбещення», «розпуста» і «розпусні дії», з іншого боку, не встановлений жодним нормативним актом, в тому числі Законом України «Про захист суспільної моралі» № 1296-IV від 20.11.2003 р., тож зміст і обсяг заборони та можливість будь-якої особи бути обізнаною щодо неї стає доволі неконкретизованим.

¹⁴ Adult Performer Advocacy Committee. URL: <http://www.apac-usa.com/>.

¹⁵ Feminist Porn: Why You Want It, Where to Find It, and How to Enjoy (2017) // <https://apracticalwedding.com/where-to-find-feminist-porn/>; Feminist Porn 101: Your Guide To Empowering Sexytimes (2013). URL: <https://www.bustle.com/articles/10042-feminist-porn-101-your-guide-to-empowering-sexytimes>.

¹⁶ FPA, Feminist Porn Award. URL: <https://www.feministpornawards.com/>.

За такий стан речей (відсутність чітко визначеної заборони або попередження проти вчинення певних конкретних дій¹⁷), з урахуванням засадничого принципу «дозволено все, що не заборонено законом», який поширюється на звичайного громадянина (-ку), на відміну від принципу «заборонено все, що не дозволено законом», який діє лише по відношенню до держави, службових та посадових осіб, вбачається доволі складним вимагати від законослухняного громадянина (-ки) вчинення певних дій або утримання від них з огляду на неприпустимість вчинення розпусних дій. Але яких саме?

Між тим, у науковій літературі зазначають¹⁸, що оскільки поняття моралі у вузькому розумінні або загальної суспільної моралі є суто суб'єктивним, то навряд чи винятково ними можна виправдовувати необхідність встановлення будь-якої кримінально-правової заборони. Мета криміналізації полягає в тому, щоб через визначення переліку заборонених діянь окреслити межі свободи людини в цілому, тобто межі дозволеної поведінки, натомість не імплементувати історично-мінливі погляди на мораль (релігійну, політичну, корпоративну, національну, меншин чи більшості тощо) у кримінальний закон. Якщо це твердження не було б вірне, то у такому випадку подружня зрада, віроломне припинення дружніх відносин чи будь-які інші традиційно недобропорядні акти приватної поведінки мали б бути кримінально караними. Будь-яке втручання, й в найбільшій мірі це стосується кримінально-правової сфери, має бути виправданим. У свою чергу це означає, що законодавець не може мати за єдину причину для криміналізації певні моральні перестороги, які до того ж є не повною мірою конкретизованими.

¹⁷ Протилежним (позитивним) прикладом є чітке формулювання, що закріплене у ст.ст. 115, 185 КК України та інших. Зокрема, умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині може мати наслідком позбавлення волі на строк від семи до п'ятнадцяти років (ст. 115 КК України).

¹⁸ Шевченко С. В. Реалізація принципу пропорційності у криміналізації. *Юридичний вісник*. 2020. № 1 (54). С. 201–206; Березовська Н. Л. Дискримінація залежно від розвитку людини. *Порівняльно-аналітичне право*, № 1, 2017. С. 198–201; Дудоров О., Балабко В. Незаконне проведення абортів: проблеми тлумачення і вдосконалення кримінального законодавства. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2012. № 4. С. 26–32; Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Ваїте, 2019. 288 с. тощо.

Відсутність чітко закріплених норм моралі (мінливої корпоративної, релігійної, гендерної, національної, окремих верств населення або прошарків тощо), у тому числі в сфері сексуальних відносин, порушує принцип правової визначеності, зокрема, у тому випадку, коли національним законодавством передбачено юридичну відповідальність за порушення таких норм. У свою чергу, принципом правової визначеності (певності) є загальний принцип права, який гарантує забезпечення легкості з'ясування змісту права і можливість скористатися цим правом у разі необхідності. Одними з його вимог є наступні: прозорість та ясність, чітке формулювання умов, за яких здійснюється обмеження чи позбавлення свободи, обов'язковість оприлюднення нормативно-правових актів тощо.

На неприпустимість порушення вказаного принципу неодноразово звертав увагу ЄСПЛ у своїх рішеннях, зокрема,

- у справі «Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства» (Case of Hashman and Harrup v. The United Kingdom, Application № 25594/94) від 25.11.1999 р.¹⁹ – однією з вимог, яка впливає зі словосполучення «встановлений законом», є передбачуваність, норму не можна вважати «законом», якщо вона не сформульована достатньо чітко, що дає особі можливість керуватися цією нормою у своїх діях;
- у справі «Пухк проти Естонії» від 10.02.2004 р. (Case of Puhk v. Estonia, Application № 55103/00, 10 February 2004)²⁰ – кримінальне право не повинно надмірно тлумачитися на шкоду обвинуваченому, правопорушення має бути чітко встановлено в законі;

¹⁹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства» (Case of Hashman and Harrup v. The United Kingdom, заява № 25594/94) від 25.11.1999 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO0564>.

²⁰ The European Court of Human Rights, Case of Puhk v. Estonia, Application № 55103/00, 10 February 2004. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61628>.

- у справі «Слоєв проти України» від 06.11.2008 р., заява № 17283/02 (Case of Yeloyev v. Ukraine)²¹ – суд вважає, що відсутність чітко сформульованих положень ... не відповідає критерію передбачуваності закону;
- у справі «Новік проти України» від 18.12.2008 р., заява № 48068/06 (Novik v. Ukraine)²² – коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності, вимога «якості закону» у розумінні п. 1 ст. 5 Конвенції означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля.

У справі Case of Litschauer v. the Republic of Moldova (Application no. 25092/15, Strasburg, 13 November 2018, Final 13 Feb 2019)²³ щодо обвинувачення в сутенерстві бізнесмена на ім'я Litschauer, який з території Республіки Молдова продавав веб-шоу з сексуальною конотацією за кордон, ЄСПЛ вказав на наступне: якщо відповідні норми не забезпечують достатніх вказівок і не сформульовані так, щоб відповідати Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, то й заявник не може бути впевненим, законною чи незаконною є його діяльність; невизначеність приписів закону й неготовність прецедентного права до нових ідей у сфері бізнесу спричинили порушення § 1 ст. 5 Конвенції.

У справі «Стіл та інші проти Сполученого Королівства» (Case of Steel and others v. the United Kingdom, рішення від 23.09.1998 р.)²⁴ ЄСПЛ зазначив, що усе право, чи то писане, чи неписане, має бути достатньо чітким, щоб до-

²¹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Слоєв проти України» від 06.11.2008 р., заява № 17283/02. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_433#Text.

²² Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Новік проти України» від 18.12.2008 р., заява № 48068/06 (Novik v. Ukraine). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_442#Text.

²³ Case of Litschauer v. the Republic of Moldova / The European Court of Human Rights (Application no. 25092/15, Strasburg, 13 November 2018, Final 13 Feb 2019). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187604>.

²⁴ Case of Steel and Others v. the United Kingdom (1999), The European Court of Human Rights / The International Journal of Human Rights, 3:2, 113–116. URL: <https://www.tandfonline.com/action/showCitFormats?doi=10.1080%2F13642989908406818>.

зволити громадянинові, якщо виникне потреба з належною порадою, передбачати певною мірою за певних обставин наслідки, які може спричинити певна дія.

Аналогічною щодо принципу правової визначеності (певності) є практика Конституційного Суду України, зокрема, у рішеннях від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками²⁵, від 1 квітня 2008 року № 4-рп/2008 у справі про Регламент Верховної Ради України Конституційний Суд України²⁶ тощо. Так, у рішенні від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010 закріплено (абз. 3 підп. 3.1 п. 3 мотивувальної частини), що «одним із елементів верховенства права є принцип правової визначеності, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки»²⁷. В іншому рішенні, від 11 березня 2010 року № 8-рп/2010²⁸, також зазначено, що правова визначеність є універсальним правовим началом, дія якого поширюється на такі важливі сфери правовідносини між державою і особою, як реалізація та забезпечення прав і свобод людини і громадянина, встановлення

²⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22.09.2005 р., справа № 1-17/2005 (№ 5-рп/2005). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05#Text>.

²⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин другої, третьої, четвертої статті 219 Регламенту Верховної Ради України (справа про Регламент Верховної Ради України) від 01.04.2008 р., справа № 1-8/2008 (№ 4-рп/2008). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-08#Text>.

²⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29.06.2010 р., справа № 1-25/2010 (№ 17-рп/2010). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10#Text>.

²⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у статтях 125, 129 Конституції України від 11 березня 2010 р., справа № 1-1/2010 (№ 8-рп/2010). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-10#Text>.

юридичної відповідальності, підстав та порядку притягнення до неї, недопустимість дій та бездіяльності, спрямованих на безпідставне обмеження прав і свобод людини, встановлення пропорційності застосованих до особи обмежень, здійснення повноважень органами державної влади у межах, визначених Конституцією і законами України.

З огляду на вищенаведену аргументацію вбачаються підстави для наступного висновку: відсутність чіткої конкретизації у бланкетній нормі КК України (ст. 156 КК України), або в іншому нормативному акті, до якого вона може відсилати, обсягу і змісту понять «розбещення» або «розпусні дії» вказує на невідповідність законодавчого формулювання об'єктивної сторони правопорушення, передбаченого ст. 156 КК України, критерію правової визначеності як складового елемента верховенства права, закріпленого в ст. 8 Конституції України.

Таким чином, формулювання об'єктивної сторони правопорушення за ст. 156 КК України необхідно привести у відповідність з положеннями ст. 22 «Розбещення дітей» Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25.10.2007 р., в її назві замінити слово «неповнолітніх» на «особа, яка не досягла шістнадцятирічного віку».

У свою чергу, суб'єктивна сторона розглядуваного кримінального правопорушення передбачає прямий умисел щодо вчинення розпусних дій. Його інтелектуальні ознаки полягають в усвідомленні винною особою суспільно небезпечного характеру свого діяння. Усвідомлення означає: 1) розуміння, хоча би у загальних рисах, об'єкту посягання (суспільні відносини з охорони статевої свободи та статевої недоторканості особи, належний фізичний, психічний і соціальний розвиток потерпілої особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку), соціального значення діяння та його суспільної небезпечності; 2) розуміння фактичної сторони того, що вчиняється, всіх обов'язкових елементів об'єктивної сторони кримінального правопорушення (характеру діяння, місця, часу, способу його вчинення та інших обставин); 3) охоплення сві-

домістю того факту, що потерпіла особа сприймає вчинювані щодо неї дії, спостерігає за сексуальним насильством або діяльністю сексуального характеру, навіть якщо вона не бере в цьому участі. Вольовий момент прямого умислу за ст. 156 КК України характеризується бажанням вчинення розбещення або розпусних дій щодо потерпілої особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку. Бажання є прагненням взяти участь у певному процесі дій або бездіяльності, досягти конкретного результату, ознаки чого обумовлюють свідому і цілеспрямовану поведінку особи.

За ст. 156 КК України інтелектуальний і вольовий моменти прямого умислу обумовлюють прагнення суб'єкта кримінального правопорушення негативно вплинути на свідомість, належний фізичний, психічний і соціальний розвиток потерпілої особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, шляхом вчинення розбещення або розпусних дій. Винна особа прагне відкрито донести до потерпілої особи певне повідомлення сексуального характеру у фізичній або інтелектуальній формі розбещення або розпусних дій. Тож, сприйняття вказаних дій потерпілою особою утворює для суб'єкта кримінального правопорушення принципову і визначальну обставину. Щодо дій винної особи має бути суб'єкт-акцептор (той, хто сприймає) фізичну форму розбещення та розпусних дій (оголення статевих органів суб'єкта кримінального правопорушення, потерпілої або третьої особи, непристойні доторкання до статевих органів, які викликають збудження, навчання мастурбації, вчинення або імітація статевого акту у присутності потерпілої особи за умови, що вона свідомо спостерігає за ним тощо), або інтелектуальну форму розбещення та розпусних дій (цинічні розмови на сексуальні теми, ознайомлення особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, з порнографічними зображеннями, відеофільмами, аудіо продукцією тощо).

У той же час, як було зазначено вище, на кваліфікацію не впливає соціальна оцінка дій суб'єкта правопорушення з боку потерпілої особи, тобто не має значення, чи вважає остання їх прийнятними з точки зору існуючих сус-

пільних поглядів і моралі, неприйнятними або нейтральними. Так само не впливають на кваліфікацію за ст. 156 КК України мотиви, якими керується винна особа (популяризація особистих поглядів на мораль, власне сексуальне задоволення, помста потерпілій особі або її близьким, поступове втягнення у заняття проституцією, корисливий або хуліганський мотив тощо).

У випадку помилки щодо віку потерпілої особи відповідальність за ст. 156 КК України повинна виключатися. Так само є підстави вважати відсутнім склад розглядуваного кримінального правопорушення у тому випадку, коли винна особа вважає, що діє таємно для потерпілої особи, або остання в силу будь-яких зовнішніх або внутрішніх об'єктивних причин не сприймає дій правопорушника (внаслідок перебування уві сні, в стані сильного алкогольного або наркотичного сп'яніння, в комі тощо). У тому випадку, коли суб'єкт кримінального правопорушення прагне оминати деструктивний вплив на свідомість потерпілої особи, її належний фізичний, психічний і соціальний розвиток, наявність інтелектуального та вольового моменту прямого умислу за ст. 156 КК України є неочевидною.

Законом не передбачено мету в якості обов'язкової ознаки суб'єктивної сторони розглядуваного кримінального правопорушення. Між тим, задля конкретизації інших елементів складу, зокрема, об'єкту та об'єктивної сторони, в її якості можливо розглядати прагнення певним чином вплинути на свідомість потерпілої особи, сформувані певним напрямом її психічного розвитку та соціальної оцінки окремих дій у сфері статевих відносин.

На підставі положень ст. 22 КК України кримінальній відповідальності за ст. 156 КК України підлягають особи, яким до вчинення кримінального правопорушення виповнилося шістнадцять років. Разом із тим, відсутнє будь-яке нормативне або доктринальне закріплення підходу, відповідно до якого суб'єкт має досягнути повноліття, тобто 18 років. Втім, (не-)здатність у повній мірі розуміти належний вектор психічного розвитку та соціальної оці-

нки окремих дій в сфері статевих відносин може утворити підставу для наукової дискусії.

Крім того, з метою всебічного забезпечення прав потерпілої особи у кожному кримінальному правопорушенні вбачається необхідним замінити слово «потерпілий» чоловічого роду у відповідних відмінках (ч. 2 ст. 156 КК України та інші) на гендерно-нейтральне формулювання «потерпіла особа»²⁹.

Висновки. Індивідуалізувати кримінальне правопорушення за ст. 156 КК України допомагає додатковий безпосередній об'єкт, яким виступають суспільні відносини з належного фізичного, психічного і соціального розвитку потерпілої особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку. Відсутність чіткої конкретизації у бланкетній нормі КК України (ст. 156), або в іншому нормативному акті, до якого вона може відсилати, обсягу і змісту понять «розбещення» або «розпусні дії» вказує на невідповідність критерію правової визначеності як складового елементу верховенства права, закріпленого в ст. 8 Конституції України. Відсилання бланкетної норми (ст. 156 КК України) до не повною мірою конкретизованих понять моралі, а так само розпусти або розбещення у певних їх проявах та в аспекті кримінального права, є вельми згубним для останнього. З метою подолання системної неузгодженості у формулюванні ст. 156 КК України, приведення чинного законодавства у відповідність з міжнародними зобов'язаннями України та вдосконалення протидії будь-яким формам посягань на належний фізичний, психічний і соціальний розвиток потерпілої особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, в сфері статевих відносин пропонується викласти назву та диспозицію розглядуваної норми у наступній редакції:

«Стаття 156. Розбещення особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку.

²⁹ Радутний О. Е. Чіткість законодавчих формулювань як засіб захисту потерпілого. *Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні: матеріали «круглого столу»* Національної академії правових наук України, 25 квіт. 2013 р. / редкол.: В. І. Борисов (голов. ред.), Б. М. Головкін (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2013. С. 162–163.

1. Умисне спонукання особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, спостерігати за сексуальним насильством або діяльністю сексуального характеру, навіть якщо вона не бере в цьому участі, - ...

2. Ті самі дії, вчинені щодо малолітньої особи або вчинені членами сім'ї чи близькими родичами, особою, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілої особи або піклування про неї, - ...».

Перспективи подальших наукових досліджень. З огляду на наріжний принцип правової визначеності потребує подальших досліджень та законодавчого закріплення наукова деталізація, виявлення змісту та обсягу поняття «розбещення» у співвідношенні до поняття «розпуста» (розпусні дії, сексуальна розпуста), що має правове значення не тільки для чинної редакції ст. 156 «Розбещення неповнолітніх» КК України, але й щодо ст. 181 «Посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів» та ст. 302 «Створення або утримання місць розпусти і звідництва» КК України.

Список використаних джерел

1. Adult Performer Advocacy Committee. URL: <http://www.apac-usa.com/>.
2. Case of Litschauer v. the Republic of Moldova / The European Court of Human Rights (Application no. 25092/15, Strasburg, 13 November 2018, Final 13 Feb 2019). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187604>.
3. Case of Puhk v. Estonia / The European Court of Human Rights Application № 55103/00, 10 February 2004. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61628>.
4. Case of Steel and Others v. the United Kingdom / The European Court of Human Rights / The International Journal of Human Rights, 3:2, 113–116. URL: <https://www.tandfonline.com/action/showCitFormats?doi=10.1080%2F13642989908406818>.
5. Feminist Porn: Why You Want It, Where to Find It, and How to Enjoy (2017). URL: <https://apracticalwedding.com/where-to-find-feminist-porn/>; Feminist Porn 101: Your Guide To Empowering Sexytimes (2013). URL: <https://www.bustle.com/articles/10042-feminist-porn-101-your-guide-to-empowering-sexytimes>.

6. FPA, Feminist Porn Award. URL: <https://www.feministpornawards.com/>.
7. Березовська Н. Л. Дискримінація залежно від розвитку людини. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 1. С. 198–201.
8. Дудоров О. О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики): практич. порадник / О. О. Дудоров; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. Сєверодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. 92 с.
9. Дудоров О., Балабко В. Незаконне проведення абортів: проблеми тлумачення і вдосконалення кримінального законодавства. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2012. № 4. С. 26–32.
10. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М. І. Хавронюка. Київ: Ваіте, 2019. 288 с.
11. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80555840>.
12. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101441992>.
13. Киричко В. М. Законодавчий вірус у системі КК України: визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст. 368-2 КК «Незаконне збагачення». *Проблеми законності*. 2016. Вип. 133. С. 142–151. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.133.70893>.
14. Киричко В. М. Про системні законодавчі віруси і соціальні засади створення нової системи Кримінального кодексу України. *Вісник асоціації кримінального права України*. 2021. № 16. С. 1–26. URL: <http://vakp.nlu.edu.ua/issue/view/14857>.
15. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства (ратифікована з заявами Законом України № 4988-VI від 20 червня 2012 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_927#Text.
16. Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р. (редакція зі змінами, схваленими резолюцією 50/155 Генеральної Асамблеї ООН від 21 грудня 1995 р., Конвенцію ратифіковано Постановою Верховної Ради України № 789-XII від 27.02.1991 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text.
17. Корж І. Ф. Аберация нормативно-правової інформації. *Інформація і право: науковий журнал* / редкол.: В. Г. Пилипчук та ін. Київ: Науково-дослідний інститут інформатики і права Національної академії правових наук України, 2021. № 1 (36). С. 9–17.

18. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2020. 768 с.

19. Радутний О. Е. Стан інформаційно-законодавчої діяльності на прикладі Кримінального кодексу України. *Інформація і право*: науковий журнал / редкол.: В. Г. Пилипчук та ін. К.: Науково-дослідний інститут інформатики і права Національної академії правових наук України, 2016. № 3 (18). С. 58–67.

20. Радутний О. Е. Чіткість законодавчих формулювань як засіб захисту потерпілого. *Державна політика у сфері захисту прав потерпілих від кримінальних правопорушень в Україні*: матеріали «круглого столу» Національної академії правових наук України, 25 квіт. 2013 р. / редкол.: В.І. Борисов (голов. ред.), Б.М. Головкін (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2013. С. 162–163.

21. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства» (Case of Hashman and Harrup v. The United Kingdom, заява № 25594/94) від 25.11.1999 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO0564>.

22. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Слоєв проти України» від 06.11.2008 р., заява № 17283/02. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_433#Text.

23. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Новік проти України» від 18.12.2008 р., заява № 48068/06 (Novik v. Ukraine). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_442#Text.

24. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22.09.2005 р., справа № 1-17/2005 (№ 5-рп/2005). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05#Text>.

25. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин другої, третьої, четвертої статті 219 Регламенту Верховної Ради України (справа про Регламент Верховної Ради України) від 01.04.2008 р., справа № 1-8/2008 (№ 4-рп/2008). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-08#Text>.

26. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» від 29.06.2010 р., справа № 1-25/2010 (№ 17-рп/2010). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10#Text>.

27. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у статтях 125, 129 Конституції України від 11 березня 2010 р., справа № 1-1/2010 (№ 8-рп/2010). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-10#Text>.

28. Розбещення неповнолітніх. *Велика українська юридична енциклопедія*: у 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; редкол. В.Я. Тацій [на ін.]. Харків: Право, 2017. Т. 17: Кримінальне право / гол. редкол. В.Я. Тацій. С. 852.

29. Словник української мови: в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1970–1980. Т. 7. С. 784. URL: <http://ukrlit.org/slovnuk/rozpuستا>.

30. Соціальна профілактика статевої деморалізації неповнолітніх дівчат в Україні та в Польщі: монографія / А. В. Шиделко; НАПН України, Ін-т проф.-техн. освіти. Київ: КНТ, 2015. 207 с.

31. Ухвала Харківського апеляційного суду від 29.12.2021 р. у справі № 635/8233/21 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102499924>.

32. Ухвала Тернопільського апеляційного суду від 25.11.2021 р. у справі № 597/90/20 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101513663>.

33. Шевченко С. В. Реалізація принципу пропорційності у криміналізації. *Юридичний вісник*. 2020. № 1 (54). С. 201–206.

REFERENCES

1. Adult Performer Advocacy Committee. URL: <http://www.apac-usa.com/>
2. Berezovska, N.L. (2017). Dyskryminatsiia zalezno vid rozvytku liudyny. *Porivnialno-analitychne pravo*, 1, 198–201 [in Ukrainian].
3. Case of Litschauer v. the Republic of Moldova / The European Court of Human Rights (Application no. 25092/15, Strasburg, 13 November 2018, Final 13 Feb 2019). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187604>.
4. Case of Puhk v. Estonia / The European Court of Human Rights, Application № 55103/00, 10 February 2004. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61628>.
5. Case of Steel and Others v. the United Kingdom / The European Court of Human Rights / The International Journal of Human Rights, 3:2, 113–116. URL: <https://www.tandfonline.com/action/showCitFormats?doi=10.1080%2F13642989908406818>.

6. Case of Hashman and Harrup v. The United Kingdom / The European Court of Human Rights, Application no. 25594/94, Strasburg. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO0564> [in Ukrainian].

7. Case of Yeloev v. Ukraine / The European Court of Human Rights, Application no. 17283/02, Strasburg. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_433#Text [in Ukrainian].

8. Case of Novik v. Ukraine / The European Court of Human Rights, Application no. 48068/06, Strasburg. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_442#Text [in Ukrainian].

9. Feminist Porn: Why You Want It, Where to Find It, and How to Enjoy (2017). URL: <https://apracticalwedding.com/where-to-find-feminist-porn/>; Feminist Porn 101: Your Guide To Empowering Sexytimes (2013). URL: <https://www.bustle.com/articles/10042-feminist-porn-101-your-guide-to-empowering-sexytimes>.

10. FPA, Feminist Porn Award. URL: <https://www.feministpornawards.com/>.

11. Dudurov, O.O. (2018). Zlochyni proti statevoi svobodі ta statevoi nedotorkanosti osobi (osnovni pologennya kriminalno-pravovoi kharakteristiki): prakt. poradnik. Severodonetsk: RVV LDUVS im. E. O. Didorenka [in Ukrainian].

12. Dudorov, O., Balabko, V. (2012). Nezakonne provedennia abortu: problemy tлумachennia i vdoskonalennia kryminalnoho zakonodavstva. *Visnyk Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy*, 4, 26–32. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnapu_2012_4_7 [in Ukrainian].

13. Dudorov, O.O., Khavroniuk, M.I. (2019). Vidpovidalnist za domashnie nasylstvo i nasylstvo za oznakoiu stati (naukovo-praktychnyi komentar novel Kryminalnoho kodeksu Ukrainy) / M. I. Khavroniuk (Ed.). Kyiv: Vaite [in Ukrainian].

14. Ediniy dergavniy reestr sudovih rishen. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80555840> [in Ukrainian].

15. Ediniy dergavniy reestr sudovih rishen. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101441992> [in Ukrainian].

16. Kirichko, V.M. (2016). Zakonodavchiy virus u sistemi KK Ukraini: viznachennya I aktualizasia problem na prikladi st. 368-2 KK Ukraini «Nezakonne zbagachennya». *Problemi zakonnosti, issue 133, 142–151* [in Ukrainian].

17. Kirichko, V.M. (2021). Pro sistemni zakonodavchi virusi I soziali zasadi stvorennya novoi sistemi Kriminalnogo kodeksu Ukraini. *Visnik asoziazii kriminalnogo prava Ukraini, № 16, 1–26*. URL: <http://vakp.nlu.edu.ua/issue/view/14857> [in Ukrainian].

18. Konvensia Radi Evropi pro zahist ditey vid seksualnoi ekspluatazii ta seksualnogo nasilstva (ratifikovana z zayavami Zakonom Ukraini № 4988-VI vid 20 chervnya 2012 r.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_927#Text [in Ukrainian].

19. Konvensia OON pro prava ditini vid 20 listopada 1989 r. (red. zi zminami, shvalenimi rezoluzieu 50/155 Generalnoi Asamblei OON vid 21 grudnya 1995 r., ratifikovano Postanovou Verkhovnoi Radi Ukraini № 789-XII vid 27.02.1991 r.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text [in Ukrainian].

20. Korg, I.F. (2021). Aberazia normativno-pravovoi informazii. *Informazia i pravo: naukoviy gurnal*. Kyiv: Naukovo-doslidniy institute informatiki i prava Nazionalnoi akademii pravovih nauk Ukraini, № 1 (36), 9–17 [in Ukrainian].

21. Tatsiy, V.Y., Borisov, V.I., Tutugin, V.I. et al. (2020). Kriminalne pravo Ukraini: Osobлива chastina / V. Y. Tatsiy, V. I. Borisov, V. I. Tutugin (Eds.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

22. Radutniy, O.E. (2016). Stan informaziyno-zakonodavchoi diyalnosti na prikladi Kriminalnogo kodeksu Ukraini. *Informazia i pravo: naukoviy gurnal*. Kyiv: Naukovo-doslidniy institute informatiki i prava Nazionalnoi akademii pravovih nauk Ukraini, № 3 (18), 58–67 [in Ukrainian].

23. Radutniy, O.E. (2013). Chitkist zakonodavchih formuluvan yak zasib zahistu potertilogo. *Dergavna politika u sferi zakhistu prav poterpilih vid kriminalnih pravoporushen v Ukraini: materiali kruglogo stolu Nazionalnoi akademii pravovih nauk Ukraini*, 25 kvit. 2013 r. / redkol.: V. I. Borisov (golov.red.), B. M. Golovkin (zast.golov.red.) ta in. Kharkiv: Pravo, 162–163 [in Ukrainian].

24. Rishennya Konstituziynogo Sudu Ukraini u spravi za konstituziynim podannyam 51 narodnogo deputata Ukraini shodo vidpovidnosti Konstituzii Ukraini (konstituzijnosti) pologen statti 92, punktu 6 rozdil X «Perehidni pologennya» Zemelnogo kodeksu Ukraini (sprava pro postijne koristuvannya zemelnimi dilyankami) vid 22.09.2005 r., sprava № 1-17/2005 (№ 5-rp/2005). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05#Text> [in Ukrainian].

25. Rishennya Konstituziynogo Sudu Ukraini u spravi za konstituziynim podannyam 50 narodnih deputativ Ukraini shodo vidpovidnosti Konstituzii Ukraini (konstituzijnosti) pologen chastin drugoi, tretjoi chetvertoi statti 219 Reglamentu Verkhovnoi Radi Ukraini (sprava pro Reglament Verkhovnoi Radi Ukraini) vid 01.04.2008 r., sprava № 1-8/2008 (№ 4-pп/2008). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-08#Text> [in Ukrainian].

26. Rishennya Konstituziynogo Sudu Ukraini u spravi za konstituziynim podannyam Upovnovagennogo Verkhovnoi Radi Ukraini z prav ludini shodo vidpovidnosti Konstituzii Ukraini (konstituzijnosti) abzazu vosmogo punktu 5 chastini pershoi statti 11 Zakonu Ukraini «Pro miliziu» vid 29.06.2010 r., sprava № 1-25/2010 (№ 17-pп/2010). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10#Text> [in Ukrainian].

27. Rishennya Konstituziynogo Sudu Ukraini u spravi za konstituziynim podannyam 46 narodnih deputativ Ukraini shodo ofizijnogo tлумachennya terminiv “nayvishiy sudoviy organ”, «vishiy sudoviy organ», «kasaziyne oskargennya», yaki mistyatsa u stattyah 125, 129 Konstituzii Ukraini vid 11 berez-

nya 2010 r., sprava № 1-1/2010 (№ 8-рп/2010). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-10#Text> [in Ukrainian].

28. Rozbeshennya nepovnolitnih. *Velika ukrainska uridichna enziklopedia: u 20 t.* / Naz. akad. prav. nauk Ukraini, In-t dergavi i prava im. V.M. Korezkogo, Naz. urid. un-t im. Yaroslava Mudrogo, 2017. T. 17: Kriminalne pravo / gol. redkol. V.Y. Tatsiy. 1064 s. [in Ukrainian].

29. Bilodid, I.K. (Ed.). (1970–1980). *Slovník ukraínskoi movi*. Vols. 1–11. Vol. 7. Kyiv: Naukova dumka. URL: <http://ukrlit.org/slovnnyk/rozpuستا> [in Ukrainian].

30. Shydelko, A.V. (2015). *Sotsialna profilaktyka statevoi demoralizatsii nepovnolitnikh divchat v Ukraini ta v Polshchi*. Kyiv: KNT [in Ukrainian]

31. Ukhvala Kharkivskogo apelyaziynogo sudu vid від 29.12.2021 r. u spravi № 635/8233/21. Ediniy dergavniy reestr sudovih rishen. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102499924> [in Ukrainian].

32. Ukhvala Ternopilskogo apelyaziynogo sudu vid від 25.11.2021 r. u spravi № 597/90/20 – Ediniy dergavniy reestr sudovih rishen. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101513663> [in Ukrainian].

33. Shevchenko, S.V. (2020). Realizasia prinzipu proporziynosti u kriminalizatsii. *Uridichniy visnik, 1 (54), 201–206* [in Ukrainian].

Radutniy O. E. Depravity and lewd acts under Article 156 of the Criminal Code of Ukraine in the coordinates of legal certainty

The article contains critical remarks on the wording of Article 156 «Depravity of minors» of the Criminal Code of Ukraine, reveals its inconsistency with the provisions of the Council of Europe Convention for the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Violence of 25.10.2007, as well as lack of legislation the content and scope of the concepts of «depravity» (Article 156 of the Criminal Code of Ukraine) and «lewd acts» (Articles 181, 156, 302 of the Criminal Code of Ukraine), which in accordance with the principle of legal certainty is a violation of Article 8 of the Constitution of Ukraine. The thesis about the inadmissibility of sending the blanket norm of criminal legislation (Articles 181, 156, 302 of the Criminal Code of Ukraine) to unspecified norms of morality, which, in turn, is historically variable and differs depending on religion, political or corporate preferences, views of minorities or people of different races, nationalities and genders, etc. A new version of Article 156 «Depravity of a person under the age of sixteen» of the Criminal Code of Ukraine has been proposed.

Key words: *sexual freedom, sexual integrity, depravity, debauchery, lechery, sexual lechery, lewd acts, morality, norms of morality, legal significance, rule of law, Lanzarote Convention, victim, scientific divination.*

УДК 343.349(477)

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.260526>

Ю. В. Гродецький,

канд. юрид. наук, доц., доцент
кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ЗАКОННОЇ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ПІДГОТОВКИ ТА ПОШИРЕННЯ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ

У статті досліджуються кримінальні правопорушення у сфері законної професійної діяльності з підготовки та поширення масової інформації. Встановлено, що розвиток кримінального законодавства України останнім часом щодо кримінально-правової охорони законної професійної діяльності у сфері підготовки та поширення масової інформації призвів до порушення системи норм Особливої частини КК. Так, змінами до КК від 14 травня 2015 року були запроваджені кримінально-правові норми, які передбачають кримінальні правопорушення вказаної групи. Утім, місце розташування цих норм у розділах XV та XVIII Особливої частини КК викликало у науковців обґрунтовану критику. Наступні зміни до КК від 4 лютого 2016 року також мають низку недоліків.

Виявлено, що законна професійна діяльність журналістів як об'єкт кримінально-правової охорони побудована навколо поняття «журналіст», тлумачення якого є проблемним. Нечіткість змісту цього поняття породжує проблеми правозастосування. Так, це поняття не охоплює усіх, хто так чи інакше займається журналістською діяльністю. Зокрема, згідно з чинним законодавством поняттям «журналіст» не охоплюються блогери, фото- та відеокореспонденти. Таким чином, ціла низка осіб, які займаються законною професійною діяльністю у сфері підготовки та поширення масової інформації не є потерпілими у кримінальних правопорушеннях у цій сфері.

З метою виправлення названих недоліків пропонується відмовитися від використання терміну «журналіст» у досліджуваних нормах, а акцент змістити на специфічні ознаки законної професійної діяльності так, щоб вони охопили саме ту сферу суспільних відносин, яка і повинна охоронятися за допомогою цих норм.

За результатами наукового пошуку пропонується під об'єктом кримінально-правової охорони в кримінальних правопорушеннях, передбачених ч. 2 ст. 163 (у частині вказівки на журналіста як потерпілого), ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК, визнавати законну професійну діяльність у сфері підготовки та поширення масової інформації.

Крім того, пропонується використати цей об'єкт для побудови кримінальних правопорушень у сфері законної професійної діяльності у сфері

підготовки та поширення масової інформації у межах нових структурних утворень Особливої частини КК.

Ключові слова: *кримінальні правопорушення у сфері законної професійної діяльності журналістів, законна професійна діяльність у сфері підготовки та поширення масової інформації, журналіст.*

Відповідно до ст. 18 Загальної декларації прав людини, що була прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН 10 грудня 1948 року, кожна людина має право на свободу думки. У ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, що була відкрита для підписання 4 листопада 1950 року та набула чинності для України 11 вересня 1997 року, свобода вираження поглядів передбачена як одна з основних цінностей. Згідно зі ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, прийнятого Організацією Об'єднаних Націй 16 грудня 1966 року, кожна людина має право безперешкодно дотримуватися своїх поглядів. Кожна людина має право на вільне вираження свого погляду; це право включає свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір.

Це право може бути реалізовано як безпосередньо особою – носієм цих прав, так і опосередковано – через діяльність засобів масової інформації. Право на свободу вираження поглядів й інформації, як зазначено у п. 1 Рекомендації Парламентської асамблеї Ради Європи 1506 (2001) «Свобода вираження поглядів й інформації в ЗМІ у Європі», нерозривно пов'язане з правом громадян бути обізнаними та є передумовою прийняття рішень на підставі доброї поінформованості. Можливість вільно висловлювати ідеї й думки заохочує до суспільного діалогу і, таким чином, стимулює розвиток демократичних процесів у суспільстві.

Права та свободи людини і громадянина є центральним інститутом сучасної правової держави. У зв'язку з цим у преамбулі Конституції України вказано, що Верховна Рада України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей – прийняла цю Конституцію, зокрема дбаючи про забезпечення прав і свобод людини. Згідно з ч. 1 ст. 34 Конституції кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

Такі гарантії забезпечуються і шляхом встановлення кримінально-правових заборон. Законодавець визнав важливість правового забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, поставивши їх на перше місце у переліку завдань, які визначені для Кримінального кодексу України у ч. 1 ст. 1 цього документу. Вже після цього згадуються у названому переліку власність, громадський порядок, громадська безпека, довкілля, конституційний устрій України, мир і безпека людства. Визначена послідовність пріоритетів повинна була б відобразитися у системі Особливої частини КК, яка побудована з урахуванням родових об'єктів кримінальних правопорушень. У зв'язку з цим норми про охорону права на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань слід було б шукати у перших розділах. Утім, перший розділ Особливої частини КК має назву «Злочини проти основ національної безпеки України», що не відповідає вказаній послідовності пріоритетів. У кримінальному праві України загальновизнаним є принцип, згідно з яким норми Особливої частини КК повинні ґрунтуватися на нормах Загальної частини КК. Виявлена невідповідність ч. 1 ст. 1 КК та системи норм Особливої частини КК є порушенням цього принципу.

Далі, норми розділів II–V Особливої частини КК вже присвячені встановленню кримінально-правових заборон щодо порушення прав і свобод людини і громадянина. Серед цих норм у розділі V «Кримінальні правопорушення проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод

людини і громадянина» розташована ст. 171 КК, що передбачає кримінальну відповідальність за умисне перешкоджання законній професійній діяльності журналістів.

Наступний розділ VI Особливої частини КК вже присвячений кримінальним правопорушенням проти власності. Власність у переліку в ч. 1 ст. 1 КК зазначається відразу після прав і свобод людини і громадянина. З цього можна зробити висновок, що законодавець у розділі V Особливої частини КК завершив встановлення кримінально-правових заборон щодо порушення прав і свобод людини і громадянина, серед яких є і права на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Далі напрошується висновок, що у КК передбачена одна стаття, що спеціально присвячена охороні прав на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань – це ст. 171 «Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів». Саме через діяльність журналістів в основному забезпечується дотримання прав на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Всі інші статті розділів II–V Особливої частини КК присвячені правовому забезпеченню охорони інших прав і свобод людини і громадянина.

Така ситуація дійсно існувала на момент набрання чинності Кримінальним кодексом України 2001 року. Але все змінилося 14 травня 2015 року, коли був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів» № 421-VIII, яким КК було доповнено ст. 345-1 «Погроза або насильство щодо журналіста», ст. 347-1 «Умисне знищення або пошкодження майна журналіста», ст. 348-1 «Посягання на життя журналіста», ст. 349-1 «Захоплення журналіста як заручника», а в абз. 1 ч. 2 ст. 375 КК «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» слова «чи в інших особистих

інтересах» було замінено словами «в інших особистих інтересах чи з метою перешкоджання законній професійній діяльності журналіста».

Перші чотири нові статті (ст. 345-1 «Погроза або насильство щодо журналіста», ст. 347-1 «Умисне знищення або пошкодження майна журналіста», ст. 348-1 «Посягання на життя журналіста», ст. 349-1 «Захоплення журналіста як заручника») законодавець розмістив у розділі XV Особливої частини КК, який до вказаних змін мав назву «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян». Розуміючи, що ці статті за змістом не зовсім узгоджуються з статтями цього розділу та його назвою, законодавець тим самим Законом № 421-VIII вніс зміни і до назви розділу XV Особливої частини КК, в якому частину слів «органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян» було замінено словами «органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів». Фактично коло суспільних відносин, які забезпечують нормальне функціонування органів влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян та їх представників, і охоронялися за допомогою кримінально-правових норм цього розділу, було розширено за рахунок включення до них суспільних відносин у сфері законної професійної діяльності журналістів.

П'ята стаття з названого переліку (ст. 375 КК «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови») розташована у розділі XVIII «Кримінальні правопорушення проти правосуддя».

З назви Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів» від 14 травня 2015 року № 421-VIII випливає, що всі законодавчі новації спрямовані на посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів. Це, у свою чергу, означає, що вказані новації мають на меті посилення конституційних гарантій щодо реалізації прав на свободу

думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань (ч. 1 ст. 34 Конституції). Але чому вони знайшли відображення у нормах розділів Особливої частини КК, які до вказаних змін мали назви «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян» (розділ XV) та «Кримінальні правопорушення проти правосуддя» (розділ XVIII)? Чому ці новації не були запроваджені шляхом внесення змін до розділу V «Кримінальні правопорушення проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина», де розташована ст. 171 КК «Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів»?

Нормативне регулювання у вказаній сфері на цьому не зупинилося. Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення захисту професійної діяльності журналістів» від 4 лютого 2016 року № 993-VIII ст. 171 КК була викладена в новій редакції. У попередній редакції в ч. 1 цієї статті була передбачена відповідальність за умисне перешкоджання законній професійній діяльності журналістів. Названим Законом України були виокремлені нові форми цього діяння: 1) незаконне вилучення зібраних, опрацьованих, підготовлених журналістом матеріалів і технічних засобів, якими він користується у зв'язку із своєю професійною діяльністю; 2) незаконна відмова в доступі журналіста до інформації; 3) незаконна заборона висвітлення окремих тем, показу окремих осіб, критики суб'єкта владних повноважень. Разом з тим, була збережена і загальна форма: будь-яке інше умисне перешкоджання здійсненню журналістом законної професійної діяльності.

Отримала розвиток і ч. 2 цієї статті. Раніше вона передбачала відповідальність за переслідування журналіста за виконання професійних обов'язків, за критику, здійснюване службовою особою або групою осіб за попередньою змовою. Після змін 2016 року ч. 2 ст. 171 КК вже передбачала дві форми діяння: 1) вплив у будь-якій формі на журналіста з метою

перешкоджання виконанню ним професійних обов'язків; 2) переслідування журналіста у зв'язку з його законною професійною діяльністю.

Крім того, у ст. 171 КК з'явилася нова ч. 3, у якій зазначалися дві кваліфікуючі ознаки, які стосувалися лише дій, передбачених ч. 2 ст. 171 КК: 1) вчинення цих дій службовою особою з використанням свого службового становища; 2) вчинення цих дій за попередньою змовою групою осіб.

Названим Законом України від 4 лютого 2016 року були внесені зміни і до ст. 163 КК, у якій в ч. 2 з'явилася вказівка на журналіста як на потерпілого особливого виду поряд з державними та громадськими діячами. За порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер, вчинені проти таких потерпілих, була встановлена більш сувора відповідальність.

Отже, цим Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення захисту професійної діяльності журналістів» від 4 лютого 2016 року № 993-VIII законодавець підкреслив, що захист прав журналістів, а тим самим і охорона прав на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, є важливими завданнями в Україні.

Утім, виникає питання: хіба іншу мету переслідував законодавець, приймаючи Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів» від 14 травня 2015 року № 421-VIII? Схожість завдань цих законодавчих актів впливає навіть з порівняння їх назв, які відрізняються лише акцентами: «посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів» (в Законі України 2015 року) та «удосконалення захисту професійної діяльності журналістів» (в Законі України 2016 року). Тоді чому такі схожі завдання законодавець вирішував, вносячи зміни до вже існуючих статей та доповнюючи новими статтями різні розділи Особливої частини КК:

розділ V «Кримінальні правопорушення проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина»; розділ XV «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян» (назва до 2015 року) та розділ XVIII «Кримінальні правопорушення проти правосуддя»?

Окремої уваги заслуговує ще одне питання. Так, кримінальні правопорушення, що передбачені розділом V Особливої частини КК, залежно від їх родових або безпосередніх об'єктів у літературі у різні часи поділялись на різні групи. Наприклад, С. Я. Лихова вважає, що всі кримінальні правопорушення, які передбачені названим розділом, посягають на три різні родові об'єкти: громадянські, політичні та соціальні правовідносини¹. Більш детальною є диференціація, яку пропонує І. О. Зінченко, згідно якої всі названі діяння залежно від їх безпосередніх об'єктів поділяють на такі групи: 1) кримінальні правопорушення проти виборчих прав громадян; 2) кримінальні правопорушення проти трудових прав громадян; 3) кримінальні правопорушення у сфері охорони права на об'єкти інтелектуальної власності; 4) кримінальні правопорушення, проти інших особистих прав і свобод людини і громадянина; 5) кримінальні правопорушення проти сім'ї; 6) кримінальні правопорушення проти свободи совісті².

Перешкоджання законній професійній діяльності журналістів (ст. 171 КК) розглядається при цьому в межах другої групи. Натомість, кримінальне правопорушення, що передбачене ст. 163 КК, розглядається в межах

¹ Лихова С. Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України): монографія. Київ: ВПЦ «Київський університет», 2006. С. 170.

² Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2020. С. 131–133.

четвертої з названих вище груп – кримінальні правопорушення, проти інших особистих прав і свобод людини і громадянина.

Отже, з 03.03.2016 року, коли набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення захисту професійної діяльності журналістів» від 4 лютого 2016 року № 993-VIII, права та інтереси журналістів у розділі V Особливої частини КК поставлені під охорону двома статтями (ч. 2 ст. 163, ст. 171 КК) з двох різних груп кримінальних правопорушень, що свідчить про різні безпосередні об'єкти названих кримінальних правопорушень, адже саме з їх врахуванням були сформовані вказані вище групи кримінальних правопорушень цього розділу Особливої частини КК. У зв'язку з цим знову ж таки виникає питання: наскільки обґрунтованим є таке законодавче рішення?

Ці та інші питання у сфері кримінально-правової охорони законної професійної діяльності журналістів досліджували у різні часи А. С. Бондарчук, І. О. Зінченко, С. Я. Лихова, І. Б. Медицький, Є. О. Письменський, В. І. Павликівський, В. В. Шаблистий та інші.

Безумовно, що кримінально-правові норми, які передбачені вказаними вище статтями КК, можна досліджувати під різним кутом зору. Проте, більшість поставлених у цій статті питань стосується об'єкта кримінально-правової охорони.

Перш за все слід відмітити, що зазначені законодавчі новації викликали обґрунтовану критику з боку науковців. Так, В. В. Шаблистий у зв'язку з цим наголошував про наповнення кримінального закону статтями, що порушують елементарні правила законодавчої техніки та вічні закони логіки. По-перше, науковець звертав увагу на те, що законна професійна діяльність журналіста як об'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 171 КК, майже через 15 років «перекочувала» у назву розділу XV Особливої частини КК та у нові статті цього розділу. По-друге, з переліку, що вказаний у розділі XV Особливої частини КК, як переконаний В. В. Шаблистий, зрозуміло, що до

групи однорідних суспільних відносин, яка окреслена вказівкою на авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян, не належать журналісти³.

І. І. Митрофанов та Є. Л. Стрельцов відмітили, що законну професійну діяльність журналістів як об'єкт кримінально-правової охорони законодавець чомусь «розірвав», залишивши ст. 171 «Перешкоджання законній професійній діяльності журналіста» у розділі V Особливої частини КК України, і додавши Законом України від 14 травня 2015 року № 421-VIII до розділу XV Особливої частини КК ст.ст. 345-1 «Погроза або насильство щодо журналіста», 347-1 «Умисне знищення або пошкодження майна журналіста», 348-1 «Посягання на життя журналіста», 349-1 «Захоплення журналіста як заручника». Крім того, вони констатували, що суспільні відносини, взяті під охорону оновленим розділом XV Особливої частини КК України, за своєю правовою природою є вкрай неоднорідними⁴.

З цими зауваженнями слід погодитися. Дійсно, КК передбачена низка статей, у яких потерпілими є журналісти: ч. 2 ст. 163, ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК. При цьому ч. 2 ст. 375 КК до уваги не приймаємо, адже згідно з Рішенням Конституційного Суду № 7-р/2020 від 11.06.2020 р. цю статтю визнано такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною). Наявність такого потерпілого як журналіст свідчить про особливу сферу кримінально-правової охорони, яка об'єднує всі ці норми. У зв'язку з цим намагання законодавця розташувати різні норми цієї групи серед різних груп кримінальних правопорушень є порушенням принципів побудови Особливої частини КК.

³ Шаблистий В. В. Законна професійна діяльність журналіста як «новий об'єкт кримінально-правової охорони». *Вісник кримінологічної асоціації України*. № 2 (13). 2016. С. 82.

⁴ Митрофанов І. І., Стрельцов Є. Л. Кримінально-правове забезпечення охорони законної професійної діяльності журналіста: монографія / за заг. ред. Є. Л. Стрельцова. Одеса: Фенікс, 2017. С. 81.

Є. О. Письменський звертає увагу на те, що прагнучи у даному випадку диференціювати кримінальну відповідальність, вітчизняний законодавець утворив основу для нової конкуренції кримінально-правових норм. При цьому, при вирішенні такої конкуренції не завжди вдається отримати очікувані результати. Прагнення законодавця посилити покарання за вчинення деяких кримінальних правопорушень щодо журналістів у деяких випадках призвело до протилежних наслідків – покарання навіть було пом'якшене⁵.

Усіх названих недоліків можна було б уникнути, якби законодавець чітко дотримувався принципів побудови норм Особливої частини КК, які передбачають врахування такого системоутворюючого критерію як об'єкт кримінально-правової охорони.

Серед науковців склалися різні погляди на об'єкт вказаних кримінальних правопорушень. Так, А. В. Коваленко вслід за Є. О. Гладковою зазначає, що об'єктом таких посягань виступають охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, що забезпечують безперешкодне здійснення журналістом своєї професійної діяльності⁶. В. В. Шаблистий таким об'єктом називає законну професійну діяльність журналіста, хоча і наполягає на видаленні в КК з цього словосполучення слова «законна». Він вважає, що називати їх професійну діяльність законною означає наявність «незаконної професійної діяльності». Останнє словосполучення є нікчемним з точки зору юридичного значення – воно просто не може вживатися при

⁵ Письменський Є. О. Кримінальний закон на захисті журналістів. *Актуальні проблеми кримінального права та процесу: матеріали Всеукр. наук.-практ. конференції* (м. Кривий Ріг, 12 черв. 2015 р.). Київ: ВД «Дакор», 2015. С. 18–19.

⁶ Коваленко А. В. Розслідування посягань на життя та здоров'я журналістів: монографія. Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. С. 9.

позначенні такого виду діяльності⁷. Схожу позицію займає К. М. Буряк, яка досліджуваний об'єкт визначає як професійну діяльність журналістів⁸.

А. С. Бондарчук в своєму дисертаційному дослідженні проаналізувала спеціальні норми, які передбачають кримінально-правову охорону суспільних відносин у сфері захисту професійної діяльності журналістів, їх прав та свобод в кримінальних законодавствах країн Європи та країн, що раніше входили до складу СРСР. У результаті вона прийшла до висновку, що в усіх КК зарубіжних країн ці спеціальні норми розміщені в главах або розділах про кримінальні правопорушення проти конституційних прав і свобод людини і громадянина. На підставі цього вона приходить до висновку, що об'єктом кримінальних правопорушень, що передбачені названими спеціальними нормами, є суспільні відносини у сфері охорони конституційних прав і свобод людини і громадянина⁹.

На думку І. І. Митрофанова та Є. Л. Стрельцова «родовим об'єктом злочинів законної професійної діяльності журналіста слід визнати суспільні відносини, що забезпечують авторитет органів державної влади й управління чи органів місцевого самоврядування, службових осіб цих органів, об'єднань громадян, юридичних осіб, а також нормальну творчу діяльність журналістів. Безпосереднім об'єктом злочинів проти професійної діяльності журналіста є охоронювані ЗУпКВ¹⁰ суспільні відносини, що виникають з приводу безперешкодної реалізації творчої діяльності, метою якої є поширення правдивої (достовірної) інформації за допомогою ЗМІ, що здійснюється фізичними особами, які мають професійну освіту чи професійну підготовку, спеціальні знання, практичні навички й уміння у галузі журналістики, що

⁷ Шаблистий В. В. Законна професійна діяльність журналіста як «новий об'єкт кримінально-правової охорони». *Вісник кримінологічної асоціації України*. № 2 (13). 2016. С. 83.

⁸ Буряк К. М. Злочини проти професійної діяльності журналістів в Україні: Кримінально-правове та кримінологічне дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпро. 2018. С. 33–51.

⁹ Бондарчук А. С. Кримінально-правова характеристика погрози або насильства щодо журналіста в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. С. 73.

¹⁰ Автори мають на увазі закон України про кримінальну відповідальність.

обумовлено виконанням редакційно-посадових службових обов'язків у засобі масової інформації (в штаті або на позаштатних засадах) відповідно до професійних назв посад (роботи), які зазначаються в Національному класифікаторі професій України»¹¹.

Ключовим моментом, який об'єднує всі названі точки зору, є вказівка на журналіста при визначенні поняття об'єкта досліджуваної групи кримінальних правопорушень. Уявляється, що такий підхід є проблемним, виходячи з сучасного стану українського законодавства.

Так, у чинному законодавстві України передбачено декілька визначень поняття «журналіст». Згідно з ч. 1 ст. 25 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» від 16 листопада 1992 року № 2782-ХІІ журналістом редакції друкованого засобу масової інформації є творчий працівник, який професійно збирає, одержує, створює і займається підготовкою інформації для друкованого засобу масової інформації та діє на підставі трудових чи інших договірних відносин з його редакцією або займається такою діяльністю за її уповноваженням, що підтверджується редакційним посвідченням чи іншим документом, виданим йому редакцією цього друкованого засобу масової інформації. Стаття 21 Закону України «Про інформаційні агентства» від 28 лютого 1995 року № 74/95-ВР містить схожі приписи: «Журналіст інформаційного агентства – це творчий працівник, який збирає, одержує, створює та готує інформацію для інформаційного агентства і діє від його імені на підставі трудових чи інших договірних відносин з ним або за його уповноваженням. Належність журналіста до інформаційного агентства підтверджується службовим посвідченням цього агентства чи іншим документом, виданим йому цим агентством». Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державну

¹¹ Митрофанов І. І., Стрельцов Є. Л. Кримінально-правове забезпечення охорони законної професійної діяльності журналіста: монографія / за заг. ред. Є. Л. Стрельцова. Одеса: Фенікс, 2017. С. 95–96.

підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» від 23 вересня 1997 року № 540/97-ВР журналіст – це творчий працівник, який професійно збирає, одержує, створює і займається підготовкою інформації для засобів масової інформації, виконує редакційно-посадові службові обов'язки в засобі масової інформації (в штаті або на позаштатних засадах) відповідно до професійних назв посад (роботи) журналіста, які зазначаються в державному класифікаторі професій України. Слід згадати і про телерадіожурналіста, під яким у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» від 21 грудня 1993 року № 3759-ХІІ розуміють штатного або позаштатного творчого працівника телерадіоорганізації, який професійно збирає, одержує, створює і готує інформацію для розповсюдження.

У ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» прямо вказано, що журналіст виконує редакційно-посадові службові обов'язки в засобі масової інформації (в штаті або на позаштатних засадах) відповідно до професійних назв посад (роботи) журналіста, які зазначаються в державному класифікаторі професій України.

З 01.11.2010 р. в Україні діє Національний класифікатор України «Класифікатор професій» (ДК 003:2010), затверджений наказом Держспоживстандарту України від 28.07.2010 р. № 327 (надалі – Класифікатор професій).

Відповідно до п. 2.4 розд. 2 Класифікатора професій об'єктами класифікації в ньому є професії. Згідно з розд. 3 Класифікатора професій структурно він складається із кодів та назв класифікаційних угруповань (розділів, підрозділів, класів, підкласів та груп професій).

У розд. 5 Класифікатора професій «КЛАСИФІКАЦІЯ ПРОФЕСІЙ» передбачено таку окрему групу професій як «Письменники, редактори та журналісти» (код 2451.2).

У Додатку А Класифікатора професій «ПОКАЖЧИК ПРОФЕСІЙНИХ НАЗВ РОБІТ ЗА КОДАМИ ПРОФЕСІЙ» однаковий код професії 2451.2 мають журналіст, кореспондент, ведучий програми, випусковий, випусковий відповідальний, драматург, інокореспондент, коментатор, кореспондент власний, кореспондент спеціальний, літературний співробітник, оглядач, оглядач політичний, письменник, редактор, редактор відповідальний, редактор з рекламування фільмів, редактор літературний, редактор науковий, редактор технічний, редактор художній, член головної редакції, член колегії (редакційної). Усі ці особи також належать до однієї групи професій, але мають різні назви професійних робіт.

У ч. 2 ст. 163, ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК законодавець визначив потерпілого не шляхом вказівки на групу професій «Письменники, редактори та журналісти», до якої належать всі названі вище особи, а через визначення окремого виду професійних робіт – журналіст. З цього випливає, що всі інші види професійних робіт, навіть в межах однієї групи професії, не передбачені названими статтями КК.

Недоліки вказівки на потерпілого у вказаних статтях КК та пошуки шляхів його вдосконалення неодноразово обговорювалися науковцями та практиками. Так, І. І. Митрофанов і Є. Л. Стрельцов вказують, що поняття «журналіст» не охоплює усіх, хто так чи інакше займається журналістською діяльністю¹². Підтримує цей висновок і А. В. Коваленко, який зазначає, що поняттям «журналіст» згідно чинного законодавства не охоплюються блогери, фото- та відеокореспонденти¹³. З метою усунення цього недоліку автор пропонує термін «професійна діяльність журналіста» замінити на «професійна журналістська діяльність», а примітку до статті 345-1 КК

¹² Митрофанов І. І., Стрельцов Є. Л. Кримінально-правове забезпечення охорони законної професійної діяльності журналіста: монографія / за заг. ред. Є. Л. Стрельцова. Одеса: Фенікс, 2017. С. 15.

¹³ Коваленко А. В. Розслідування посягань на життя та здоров'я журналістів: монографія / А. В. Коваленко. Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. С. 17–18.

викласти у наступній редакції: «Журналістом у цій статті та статтях 171, 347-1, 348-1, 349-1 цього Кодексу є особа, що здійснює професійну журналістську діяльність, тобто систематичну діяльність, пов'язану із збиранням, одержанням, створенням, поширенням, зберіганням або іншим використанням інформації з метою її поширення на невизначене коло осіб через будь-які засоби масової інформації, в тому числі друковані засоби масової інформації, телерадіоорганізації, інформаційні агентства, мережу Інтернет»¹⁴. Таке рішення дійсно дозволить до потерпілих від названих кримінального правопорушень віднести й інших вказаних вище осіб, що передбачені Класифікатором професій. Разом з тим, воно не є досконалим. Пропоноване поняття журналіста буде вступати у протиріччя з дефініціями, що передбачені нормами інших нормативних актів, а на практиці це буде викликати проблеми. Одну й ту саму особу можна буде визнавати журналістом відповідно до кримінально-правових норм, але це буде неприйнятним згідно з нормами інших нормативних актів. Крім цього, таке рішення призведе до подальшого розбалансу правової системи України, що у кінцевому рахунку зменшує регулятивний вплив права. Формування норм КК повинне ґрунтуватися на концепції логічної вивіреності правової системи України, якій властиві наскрізні поняття та терміни, а не множити різні підходи до змісту одного й того ж поняття.

У зв'язку з цим уявляється, що у КК слід відмовитися від використання терміну «журналіст», а акцент змістити на специфічні ознаки законної професійної діяльності так, щоб вони охопили саме ту сферу суспільних відносин, яка повинна охоронятися за допомогою досліджуваної групи норм.

Передумови для саме такого рішення існують у чинному КК. Так, у ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1 КК передбачена вказівка на законну

¹⁴ Коваленко А. В. Розслідування посягань на життя та здоров'я журналістів: монографія / А. В. Коваленко. Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. С. 18–19.

професійну діяльність журналістів. При цьому, у ч. 2 ст. 163 та ст. 349-1 КК законодавець «забув» передбачити законну професійну діяльність, а обмежився лише вказівкою на журналіста. Уявляється, що це явна помилка законодавця. Статус журналіста враховується у кримінальному праві у зв'язку з специфікою професійної діяльності, а не з якимись його особистими якостями. У літературі на цю недоречність вже звертали увагу. Так, А. В. Коваленко зазначає, що не зрозуміло, як норми, що наведені у примітці до ст. 345-1 КК, співвідносяться з поняттям журналіста, наведеним у статті 349-1 КК України, у тексті якої відсутня вказівка на пов'язаність захоплення журналіста як заручника з професійною діяльністю журналіста¹⁵. Якщо у ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1 КК наявна вказівка на зв'язок кримінального правопорушення проти журналіста з його законною професійною діяльністю, то цю логіку слід підтримувати у всіх статтях, де потерпілим передбачено журналіста. У протилежному випадку виникає питання: якщо у інших статтях (ч. 2 ст. 163 та ст. 349-1) КК відсутня вказівка на такий зв'язок з діяльністю, то тоді у чому специфіка суспільної небезпечності посягання на журналіста у цих статтях? Вона є відмінною від тієї суспільної небезпечності, що врахована у ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1 КК? Уявляється, що ніякої відмінності тут немає. Просто порушені правила законодавчої техніки та логіка єдиного підходу в описі ознак кримінально-правових норм, що повинні відображати одну специфіку суспільної небезпечності.

У примітці до ст. 345-1 КК наведене визначення поняття професійної діяльності журналіста, під якою у цій статті та статтях 171, 347-1, 348-1 КК слід розуміти систематичну діяльність особи, пов'язану із збиранням, одержанням, створенням, поширенням, зберіганням або іншим використанням інформації з метою її поширення на невизначене коло осіб

¹⁵ Коваленко А. В. Розслідування посягань на життя та здоров'я журналістів: монографія / А. В. Коваленко. Северодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. С. 15.

через друковані засоби масової інформації, телерадіоорганізації, інформаційні агентства, мережу Інтернет. Статус журналіста або його належність до засобу масової інформації підтверджується редакційним або службовим посвідченням чи іншим документом, виданим засобом масової інформації, його редакцією або професійною чи творчою спілкою журналістів.

Такий підхід з акцентом саме на специфічній діяльності уявляється вірним. Разом з тим, з дефініції доцільно видалити вказівку на журналіста, але так, щоб не була втрачена специфіка даного виду діяльності.

Вивчення ч. 1 ст. 25 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», ст. 21 Закону України «Про інформаційні агентства», ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів», ч. 1 ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення», примітки до ст. 345-1 КК дозволяє виокремити та в узагальненому вигляді назвати такі характерні риси досліджуваного виду діяльності: 1) творчий характер діяльності; 2) професійний характер діяльності; 3) систематичність діяльності; 4) змістом діяльності є збирання, одержання, створення, підготовка, поширення, зберігання або інше використання інформації з метою її поширення; 5) кінцевим адресатом інформації є невизначене коло осіб; 6) особа, яка займається такою діяльністю, діє на підставі трудових чи інших договірних відносин з засобом масової інформації; 7) особа може бути штатним або позаштатним працівником засобу масової інформації; 8) статус цієї особи повинен підтверджуватися редакційним або службовим посвідченням чи іншим документом, виданим засобом масової інформації, його редакцією або професійною чи творчою спілкою журналістів; 9) особа виконує свої обов'язки в засобі масової інформації відповідно до професійних назв посад (роботи) журналіста, які зазначаються в державному класифікаторі професій України.

Аналіз цих характерних рис дозволяє зробити декілька попередніх висновків. По-перше, серед цих ознак відсутня вказівка на законність такої діяльності, натомість, у ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1 КК вона передбачена. В. В. Шаблистий з цього приводу зазначав, що слово «законна», яке застосовується для характеристики такого виду діяльності, слід виключити, адже будь-яка професія є законною по факту¹⁶. Не можемо погодитися з такою пропозицією. На нашу думку, законність не є невід'ємною ознакою професійної діяльності журналістів. У зв'язку з цим слушним є зауваження Є. О. Письменського про те, що законна діяльність журналістів потребує належної правової охорони, зокрема, і за допомогою використання засобів кримінального права, натомість, сказане не може стосуватись журналістської діяльності, яка провадиться всупереч законодавчим вимогам¹⁷.

Так, згідно з ч. 2 ст. 34 Конституції України здійснення прав вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя. У Рекомендації парламентських слухань на тему: «Безпека діяльності журналістів в Україні: стан, проблеми і шляхи їх вирішення», схваленої постановою Верховної Ради України від 14 січня 2020 року № 456-ІХ, зазначено, що право на свободу слова пов'язано з обов'язками і відповідальністю, та наголошують, що це право не може використовуватися з метою ліквідації незалежності України, зміни конституційного ладу

¹⁶ Шаблистий В. В. Законна професійна діяльність журналіста як «новий об'єкт кримінально-правової охорони». *Вісник кримінологічної асоціації України*. № 2 (13). 2016. С. 83.

¹⁷ Письменський Є. О. Злочини у сфері професійної діяльності журналістів у контексті забезпечення потреб українського суспільства на сучасному етапі його розвитку. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2016. № 1 (12). С. 91.

насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підризу її безпеки, незаконного захоплення державної влади, пропаганди війни, насильства та розпалювання міжетнічної, расової, національної, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини та здоров'я населення. Отже, професійна діяльність журналістів, яка суперечить ч. 2 ст. 34 Конституції України або вказаній постанові Верховної Ради України від 14 січня 2020 року № 456-IX, буде незаконною, а тому не повинна охоронятися засобами кримінального права. Разом із тим, охорона саме законної професійної діяльності журналістів є специфікою кримінально-правового регулювання, тому має відобразитися на рівні окремої ознаки у диспозиціях відповідних статей КК.

У зв'язку з цим слід обговорити ще й питання термінологічного характеру: яке слово є кращим – «законна» чи «правомірна» професійна діяльність? Обидва слова використовуються у КК. Етимологічно поняття «правомірна» є ширшим за змістом порівняно з «законна». Разом з тим, у КК ознака «законний» вживається набагато частіше і, як правило, у значенні – такий, що відповідає вимогам законодавства, тобто вимогам не лише законів, але і підзаконних нормативних актів. Наприклад, у ч. 2 ст. 41 КК передбачено, що наказ або розпорядження є законними, якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина. Отже, тут йдеться про відповідність не лише нормам законів України.

Крім того, для досліджуваної групи кримінальних правопорушень традиційним є словосполучення «законна професійна діяльність». У зв'язку з цим виправданим є використання саме слова «законна», а не «правомірна», у цьому словосполученні.

По-друге, від характерної риси за № 9 слід відмовитися у зв'язку з недосконалістю державного класифікатора професій України та його неузгодженістю з нормами кримінального права, про що зазначалося вище.

По-третє, характерні риси за № 6–8 пов'язані з особою, а не з діяльністю. Пропонована у цій публікації ідея відмови у досліджуваних нормах кримінального права від вказівки на журналіста як спеціального потерпілого, дозволяє ігнорувати названі ознаки за № 6–8.

Таким чином, характерні риси досліджуваного виду діяльності, що залишилися після відбору, полягають у *творчій, професійній, систематичній діяльності зі збирання, одержання, створення, підготовки, поширення, зберігання або іншого використання інформації з метою її поширення серед невизначеного кола осіб*. Зрозуміло, що такий обмежений перелік ознак обумовлений лише метою використання цього поняття у нормах кримінального права.

Уявляється, що варто виключити вказівку на творчий характер діяльності. Втім, це не означає, що така діяльність позбавлена творчого характеру. Така пропозиція обумовлена тим, що у досліджуваних нормах кримінального права суспільна небезпечність діяння визначається не істотною шкодою, яка може бути заподіяна у сфері творчості, а іншим – порушенням конституційних прав на свободу думки і слова, які передбачені ст. 34 Конституції України. Гарантії у сфері творчості передбачені ст. 54 Конституції України. Зокрема, у ч 1 цієї статті вказано, що громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Серед кримінальних правопорушень, що передбачені розділом V Особливої частини КК, виокремлюють кримінальні правопорушення у сфері охорони права на об'єкти інтелектуальної власності, до яких належать порушення авторського права і суміжних прав (ст. 176 КК);

порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію (ст. 177 КК). Кримінальні правопорушення, що передбачені ч. 2 ст. 163 та ст. 171 КК, потерпілими у яких можуть бути журналісти, не належать до цієї групи. Специфіка цих діянь, та тих, що передбачені ст.ст. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК, пов'язана з порушенням конституційних прав на свободу думки і слова, які передбачені ст. 34 Конституції України. Ознаки вказаної групи кримінальних правопорушень повинні визначатися з урахуванням цієї специфіки.

У згаданій вище Рекомендації парламентських слухань на тему «Безпека діяльності журналістів в Україні: стан, проблеми і шляхи їх вирішення» пропонується визначення понять «журналіст» та «журналістська діяльність» привести у відповідність європейським стандартам у цій сфері, виключивши ознаку систематичності такої діяльності, з метою охоплення захистом і тих осіб, які несистематично займаються журналістикою і зазнали втручання у свою журналістську діяльність, та уникнення необхідності доведення протиправного наміру перешкоджання журналістській діяльності. Така рекомендація уявляється обґрунтованою, адже діяльність є журналістською не у зв'язку з кількістю певних актів поведінки, а у зв'язку з її змістом. Отже, від систематичності як характерної риси досліджуваного виду діяльності також слід відмовитися.

Наостанок, характерні риси за № 4 і 5 можна об'єднати та значно скоротити. По-перше, весь перелік форм, які окреслюють зміст досліджуваного виду діяльності, – збирання, одержання, створення, підготовка, поширення, зберігання або інше використання інформації з метою її поширення, можна охопити двома формами: підготовкою та поширенням. До підготовки належать збирання, одержання, створення, зберігання або інше використання інформації з метою її поширення. З цього переліку випливає, що збирання, одержання, створення, зберігання є

різновидами використання інформації з метою її поширення, про що свідчить тлумачення слова «інше», яке вживається перед словосполученням «використання інформації». Всі форми використання інформації обумовлені метою її поширення, тобто йдеться про ситуацію, коли самого поширення ще немає, а існують лише діяння, спрямовані на здійснення такого поширення у майбутньому. Отже, зі всіх названих форм слід виділити дві основні: 1) підготовка з метою поширення інформації та 2) поширення інформації.

По-друге, ознаку про невизначене коло осіб як кінцевого адресата інформації можна описати за допомогою вказівки на певний вид інформації. Так, в Законі України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року № 2657-ХІІ передбачений окремий розділ III «Діяльність журналістів, засобів масової інформації, їх працівників». У ч. 1 ст. 22, з якої починається цей розділ Закону України «Про інформацію», передбачено, що масова інформація – це інформація, яка поширюється з метою її доведення до необмеженого кола осіб. Таким чином, показовим для діяльності журналістів є те, що вони працюють з масовою інформацією.

Отже, характерні риси за № 4 і 5 можна у скороченому вигляді подати так: підготовка та поширення масової інформації. Таке формулювання значно коротше, але не менше за змістом.

Таким чином, досліджуваний вид діяльності в удосконаленому вигляді можна описати як законна професійна діяльність у сфері підготовки та поширення масової інформації. Це формулювання побудоване навколо специфічних характеристик самої діяльності та не включає поняття журналіста, що усуває розглянуті у цій публікації проблеми.

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що об'єктом кримінально-правової охорони в кримінальних правопорушеннях, передбачених ч. 2 ст. 163 (у частині вказівки на журналіста як потерпілого), ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК, слід визнавати законну професійну діяльність у сфері підготовки та поширення масової інформації. При цьому вид об'єкта

(основний чи додатковий) буде залежати від змісту конкретної кримінально-правової норми.

Згадуючи принципи утворення системи норм Особливої частини КК, логічним виглядає пропозиція розташувати всі названі статті в одному розділі Особливої частини КК. У зв'язку з цим можна запропонувати два альтернативних рішення: 1) помістити ці норми у розділ V «Кримінальні правопорушення проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» Особливої частини КК; 2) створити новий розділ Особливої частини КК – V-1 «Кримінальні правопорушення у сфері підготовки та поширення масової інформації». Безумовно, що об'єднання вказаних норм не можна здійснювати механічно. Це обов'язково повинно супроводжуватися відповідними змінами змісту самих норм. Наприклад, ст. 163 КК не можна просто так включити до такої групи норм, адже основним безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення, що передбачене цією статтею, є конституційне право громадян на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, що закріплене в ст. 31 Конституції. Натомість, право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань є окремим, про що свідчить те, що воно гарантується іншою (34) статтею Конституції. У зв'язку з цим напевно доречним було б виокремлення з ч. 2 ст. 163 КК та передбачення в окремій статті нового розділу порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер, вчинені у сфері підготовки та поширення масової інформації. При цьому, формулювання конкретного тексту диспозиції нової норми звісно що потребує окремого дослідження, яке виходить за межі цієї статті.

Законна професійна діяльність у сфері підготовки та поширення масової інформації (більш розповсюджена на цей час назва – законна професійна діяльність журналістів) є тією сферою, якій у сучасному світі

приділяється значна увага, що впливає з посилення охорони цієї сфери як на національному, так і на міжнародному рівнях. У зв'язку з цим другий варіант (створення нового розділу Особливої частини КК V-1 «Кримінальні правопорушення у сфері підготовки та поширення масової інформації») уявляється більш виправданим. Існування в КК окремого розділу, присвяченого питанням такої охорони, буде певним сигналом суспільству та правозастосувачам, що повинно позитивно вплинути на вирішення завдань кримінально-правової охорони законної професійної діяльності у сфері підготовки та поширення масової інформації.

Список використаних джерел

1. Бондарчук А. С. Кримінально-правова характеристика погрози або насильства щодо журналіста в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. 269 с.
2. Буряк К. М. Злочини проти професійної діяльності журналістів в Україні: кримінально-правове та кримінологічне дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпро. 2018. 251 с.
3. Коваленко А. В. Розслідування посягань на життя та здоров'я журналістів: монографія. Сєверодонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2018. 268 с.
4. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2020. 768 с.
5. Митрофанов І. І., Стрельцов Є. Л. Кримінально-правове забезпечення охорони законної професійної діяльності журналіста: монографія / за заг. ред. Є. Л. Стрельцова. Одеса: Фенікс, 2017. 302 с.
6. Лихова С. Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України): монографія. Київ: ВПЦ «Київський університет», 2006. 573 с.
7. Письменський Є. О. Злочини у сфері професійної діяльності журналістів у контексті забезпечення потреб українського суспільства на сучасному етапі його розвитку. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2016. № 1 (12). С. 90–103.
8. Письменський Є. О. Кримінальний закон на захисті журналістів. *Актуальні проблеми кримінального права та процесу*: матеріали Всеукр.

наук.-практ. конференції (м. Кривий Ріг, 12 черв. 2015 р.). Київ: ВД «Дакор», 2015. С. 17–20.

9. Шаблистий В. В. Законна професійна діяльність журналіста як «новий об'єкт кримінально-правової охорони». *Вісник Кримінологічної асоціації України*. № 2 (13). 2016. С. 78–85.

REFERENCES

1. Bondarchuk, A.S. (2019). Kryminalno-pravova kharakterystyka pohrozy abo nasylstva shchodo zhurnalista v Ukraini. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

2. Buriak, K.M. (2018). Zlochyny proty profesiinoi diialnosti zhurnalistiv v Ukraini: kryminalno-pravove ta kryminolohichne doslidzhennia. *Candidate's thesis*. Dnipro [in Ukrainian].

3. Kovalenko, A.V. (2018). Rozsliduvannia posiahan na zhyttia ta zdorov'ia zhurnalistiv. Sievierodonetsk: RVV LDUVS im. E. O. Didorenka [in Ukrainian].

4. Tatsii, V.Ya., Borysov, V.I., Tiutiuhin, V.I. et al. (2020). Kryminalne pravo Ukrainy: Osoblyva chastyna / V. Ya. Tatsii, V. I. Borysov, V. I. Tiutiuhin (Eds.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

5. Mytrofanov, I.I., Streltsov, Ye.L. (2017). Kryminalno-pravove zabezpechennia okhorony zakonnoi profesiinoi diialnosti zhurnalista / Ye. L. Streltsov (Ed.). Odesa: Feniks [in Ukrainian].

6. Lykhova, S.Ya. (2006). Zlochyny u sferi realizatsii hromadianskykh, politychnykh ta sotsialnykh prav i svobod liudyny i hromadianyna (rozdil V Osoblyvoi chastyny KK Ukrainy). Kyiv: VPTs «Kyivskyi universytet» [in Ukrainian].

7. Pysmenskyi, Ye.O. (2016). Zlochyny u sferi profesiinoi diialnosti zhurnalistiv u konteksti zabezpechennia potreb ukraïnskoho suspilstva na suchasnomu etapi yoho rozvytku. *Visnyk Kryminolohichnoi asotsiatsii Ukrainy*, 1 (12), 90–103 [in Ukrainian].

8. Pysmenskyi, Ye.O. (2015). Kryminalnyi zakon na zakhysti zhurnalistiv. *Aktualni problemy kryminalnoho prava ta protsesu: materialy Vseukr. nauk.-prakt. konferentsii* (m. Kryvyi Rih, 12 cherv. 2015 r.). Kyiv: VD «Dakor», 17–20 [in Ukrainian].

9. Shablysty, V.V. (2016). Zakonna profesiina diialnist zhurnalista yak «novyi ob'iekt kryminalno-pravovoi okhorony». *Visnyk Kryminolohichnoi asotsiatsii Ukrainy*, 2 (13), 78–85 [in Ukrainian].

Grodetsky Yu. V. Criminal law protection of legitimate professional activity in the sphere of preparation and dissemination of mass information

The article examines criminal offenses in the field of legitimate professional activity in the preparation and dissemination of mass information. It is established that the recent development of the criminal legislation of Ukraine on the protection

of legitimate professional activity in the field of preparation and dissemination of mass information has led to a violation of the system of norms of the Special Part of the Criminal Code. Thus, the amendments to the Criminal Code of May 14, 2015 introduced criminal law norms that provide for criminal offenses of the specified group. However, the location of these norms in sections XV and XVIII of the Special Part of the Criminal Code caused reasonable criticism among scientists. The following amendments to the Criminal Code of February 4, 2016 also have a number of flaws.

It is revealed that the legitimate professional activities of journalists as an object of criminal-legal protection is built around the concept of "journalist", the interpretation of which is problematic. The vagueness of the content of this concept generates problems of law enforcement. For example, this concept does not encompass all those who in one way or another are engaged in journalistic activities. In particular, under current law, the concept of "journalist" does not include bloggers, photo and video correspondents. Thus, a number of individuals engaged in legitimate professional activities in the preparation and distribution of mass information are not victims of criminal offenses in this area.

In order to remedy these shortcomings, it is proposed to abandon the use of the concept of a journalist in the norms under study, and shift the focus to the specific characteristics of legitimate professional activity so that they cover precisely the area of social relations that must be protected by these norms.

Based on the results of the scientific search, it is suggested that the object of criminal law protection in criminal offences stipulated by Part 2 of Article 163 (in the part referring to the journalist as the victim), Art. 171, 345-1, 347-1, 348-1 and 349-1 of the CC, to recognize legitimate professional activities in the sphere of preparation and dissemination of mass information.

In addition, we propose to use this object for the construction of criminal offences in the field of legitimate professional activity in the preparation and dissemination of mass information in the framework of new structural formations of the Special Part of the CC.

Key words: *criminal offences in the sphere of legitimate professional activity of journalists; legitimate professional activity in the sphere of preparation and dissemination of mass information, journalist.*

УДК 343.722

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.258361>

О. В. Кришевич,

канд. юрид. наук, проф.,

проф. кафедри кримінального права,
Національна академія внутрішніх
справ

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЦІЛЬОВЕ ВИКОРИСТАННЯ ГУМАНІТАРНОЇ ДОПОМОГИ ЧИ ОДИН З ВИДІВ ШАХРАЙСТВА

У зв'язку із введенням воєнного стану було прийнято низку законів, що посилили кримінальну відповідальність за певні злочини, зокрема за нецільове використання гуманітарної допомоги, що виділяється на потреби громадян, які знаходяться в зонах ведення бойових дій або які були змушені покинути місце свого постійного проживання. В статі розкрито основні складові складу кримінального правопорушення нецільового використання гуманітарної допомоги, а саме на предмет «гуманітарна допомога», «благодійні пожертви» та «безоплатна допомога», також у чому полягає «порушення законодавства про гуманітарну допомогу» «прибуток» та «безоплатність». Акцентовано увагу на суб'єкті кримінального правопорушення нецільового використанні гуманітарної допомоги. Розглянуто проблемні питання при кваліфікації діянь щодо гуманітарної допомоги та відмежування від шахрайства.

Ключові слова: гуманітарна допомога, благодійні пожертви, безоплатна допомога, кримінальна відповідальність, прибуток, суб'єкт, шахрайство.

Постановка проблеми. У теперішній час в Україні надзвичайної актуальності набуває дослідження проблеми кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення, вчинені в особливих умовах, пов'язаних зі збройною агресією Російської Федерації та в період воєнного стану в Україні. Через війну в Україні мільйони громадян були змушені покинути свої домівки та шукати прихисток як за кордоном, так і у інших регіонах нашої країни. Для підтримки людей, які переїхали з зон активних бойових дій, та забезпечення їх базових побутових потреб різні організації та самі українці надають різноманітну допомогу, серед з яких є гуманітарна. Крім того, КМУ постановою від 20.03.2022 № 329 спростив процедуру ввезення гуманітарної допомоги на територію України, запровадив декларативний

принцип її розмитнення, оскільки такі зміни суттєво полегшують та оптимізують логістичні процедури, проте й створюють ризик того, що гуманітарну допомогу використовуватимуть незаконно. Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей оподаткування та подання звітності у період воєнного стану» спрощено процедуру визнання соціально значущих товарів гуманітарною допомогою, перелік яких затверджений Кабінетом Міністрів України, без прийняття відповідних рішень про визнання їх гуманітарною допомогою. Постановою Кабінету Міністрів України від 07.03.2022 р. № 224 затверджено перелік категорій товарів, що визнаються гуманітарною допомогою без здійснення процедури визнання таких товарів гуманітарною допомогою в кожному конкретному випадку, на період воєнного стану. Тепер не потрібно отримувати довідки від ВЦА чи інших органів влади, аби завести гуманітарний вантаж. Запрацював сервіс із оформлення електронної декларації для ввезення гуманітарної допомоги через митний кордон України. Четвертого травня 2022 року запрацювала митна е-декларація для гуманітарних вантажів і тепер з будь-якої країни світу можна заповнити заздалегідь митну е-декларацію для гуманітарного вантажу, що пришвидшить проходження митниці та посприє зменшенню черг у митних пунктах. У той же час, враховуючи позитивні зміни в законодавстві, виявляються численні випадки використання товарів гуманітарної допомоги не за призначенням та з метою отримання прибутку, що фактично і стало причиною запровадження кримінальної відповідальності за такі дії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій показує, що питаннями доцільності криміналізації щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги та шахрайство займалися такі вчені як: М. Хавронюк, О. Дудоров, Р. Мовчан, А. Савченко, О. Смаглюк, та інші вчені. Належний кримінально-правовий аналіз ст. 201-2 КК України є корисним для

правильної подальшої кваліфікації при відмежуванні кримінальних правопорушень проти власності та у сфері господарської діяльності.

Мета статті. Кримінально-правовий аналіз ст. 201-2 КК «Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги» необхідний для визначення понятійного апарату «гуманітарна допомога», «благодійні пожертви», «безоплатна допомога» і з'ясування, в яких випадках вчинюються кримінальні правопорушення і з якого моменту буде закінченим незаконний порядок отримання.

Виклад основного матеріалу. 03 квітня 2022 року набрав чинності Закон України від 24 березня 2022 року № 2155-IX «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги». КК доповнено статтею 201² «Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги»¹. Під *гуманітарною допомогою*, благодійними жертвами та безоплатною допомогою слід розуміти поняття, що визначені Законом України «Про гуманітарну допомогу»² та Законом України «Про благодійну діяльність та благодійні організації»³. Гуманітарна допомога є різновидом благодійництва і має спрямовуватися відповідно до обставин, об'єктивних потреб, згоди її отримувачів та за умови дотримання вимог статті 3 Закону України «Про благодійну діяльність та благодійні організації»⁴. Проте, на жаль, сутність поняття гуманітарної допомоги в законодавстві України не відповідає розумінню цього поняття, яке було закладено при формулюванні Конвенції Ліги Націй про створення міжнародного союзу допомоги на випадок катастроф.

¹ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Редакція: 24.04.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14..>

² Про гуманітарну допомогу: Закон України від 22.10.1999 р. № 1192-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3835342-99>.

³ Про благодійну діяльність та благодійні організації: Закон України від 05.07.2012 р. № 5073-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5073-17#Text>.

⁴ Там само.

Предметом цього кримінального правопорушення виступає гуманітарна допомога, благодійні пожертви та безоплатна допомога, визначення яких наведено у Законах України «Про гуманітарну допомогу» від 22.10.99 р. та «Про благодійну діяльність та благодійні організації» від 05.07.2012 року. З положень Закону України «Про гуманітарну допомогу» вбачається, що *гуманітарна допомога* – цільова адресна безоплатна допомога, яка надається у грошовій або натуральній формі, у вигляді виконання робіт чи надання послуг. Отримувачами такої допомоги є особи, які потребують її з огляду на свій соціальний статус, матеріальну незабезпеченість, важке фінансове становище або у зв'язку з виникненням надзвичайного стану, такого, як стихійне лихо, аварії, катастрофи тощо. Відмінністю гуманітарної допомоги є те, що певні товари, роботи чи послуги можуть бути визнані як гуманітарна допомога лише за рішенням уповноваженого державного органу. Під поняттям *благодійних пожертв* слід розуміти безоплатну передачу благодійником коштів, іншого майна, майнових прав у власність бенефіціарів для досягнення певних, наперед обумовлених цілей благодійної діяльності, які можуть визначатись між сторонами у договорі про пожертву. У свою чергу, благодійна допомога є наданням гуманітарної допомоги без будь-якої грошової, матеріальної чи інших видів компенсацій донорам (полягає у пересилці, виконанні робіт або наданні певних послуг). Поряд з цим, Закон «Про благодійну діяльність та благодійні організації»⁵ містить загальні формулювання, відповідно до яких суб'єкти благодійної діяльності і посадові особи органів виконавчої влади та місцевого самоврядування несуть цивільно-правову, адміністративну, дисциплінарну та кримінальну відповідальність за порушення законодавства про благодійну діяльність у порядку, встановленому законом, тобто притягнення до відповідальності можливе, лише якщо діяння містить склад певного правопорушення.

⁵ Про благодійну діяльність та благодійні організації: Закон України від 05.07.2012 р. № 5073-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5073-17#Text>.

Порушеннями законодавства про гуманітарну допомогу, що тягне за собою кримінальну відповідальність виступає: використання гуманітарної допомоги не за цільовим призначенням; використання гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку; нерозміщення та/або несвоєчасне розміщення спеціально уповноваженими державними органами з питань гуманітарної допомоги рішення про визнання товарів (предметів) гуманітарною допомогою на своєму офіційному веб-сайті; ненаправлення та/або несвоєчасне направлення спеціально уповноваженими державними органами з питань гуманітарної допомоги рішення про визнання товарів (предметів) гуманітарною допомогою до органів доходів і зборів та інших державних органів; порушення органами, які безпосередньо здійснюють державний санітарно-епідеміологічний, ветеринарно-санітарний, фітосанітарний, екологічний та радіологічний контроль товарів (предметів) гуманітарної допомоги, строків проведення відповідних видів контролю товарів (предметів) гуманітарної допомоги.

Необхідно акцентувати увагу, що продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги; використання благодійних пожертв, безоплатної допомоги з метою *прибутку*; укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, з метою отримання прибутку, тобто сума, на яку доходи перевищують пов'язані з ними витрати, а також мета отримання прибутку можуть бути доведені за допомогою доведення фактичного отримання прибутку або замаху. Нецільовим використання гуманітарної допомоги вважається її присвоєння, продаж чи обмін на інші види товарів з метою особистої наживи. Ключовою ознакою є *безоплатне* та безкорисне надання допомоги виключно особам, які її потребують, або для чітко визначених благодійних цілей. Саме ці характеристики і є основним цільовим призначенням цих категорій, порушення якого тягне за собою настання певної відповідальності, а мета отримання прибутку може бути доведена за допомогою доведення фактичного отримання прибутку або

замаху. На даний час немає жодних змін до діючого законодавства, випадки коли гуманітарна допомога просто знищується чи відбувається її розтрата без відповідної мети збагачення чи отримання прибутку у період воєнного стану, крім того, не вказано у тексті закону, що продаж, використання та укладення правочинів щодо зазначених предметів мають бути передусім *незаконними*, а вказівка про незаконність лише у назві статті є недостатньою. Частиною 1 статті 201-2 КК передбачено, що кримінально-караним є саме продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги, використання благодійних пожертв (коштів, іншого майна, майнових прав), безоплатної допомоги або укладення інших правочинів саме щодо такого майна. Незважаючи на посилання в примітці на закон «Про гуманітарну допомогу»⁶, незаконні дії з іншими, крім товарів, видами гуманітарної допомоги (наприклад, незаконне справляння плати з набувачів гуманітарної допомоги за таку допомогу у виді виконання робіт, надання послуг) не можуть становити об'єктивну сторону складу цього правопорушення. Оскільки роботи та послуги в силу своєї юридичної природи не можуть продаватися, оскільки вони виконуються та надаються. Також роботи та послуги навряд чи можуть вважатися майном, оскільки згідно з ч.1 ст. 190 Цивільного кодексу майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки⁷. Отже, особа, яка незаконно з метою отримання прибутку використала в значному розмірі гуманітарну допомогу у вигляді виконання робіт або надання послуг не може бути притягнена до кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 201-2 КК. Якщо буквально сприймати формулювання ч. 1 ст. 201-2 КК, може скластися хибне враження, що кримінальним законом карається, у тому числі, продаж особою (набувачем гуманітарної допомоги або бенефіціаром благодійної пожертви) товарів, правомірно отриманих нею як гуманітарна допомога або благодійна

⁶ Про гуманітарну допомогу: Закон України від 22.10.1999 р. № 1192-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3835342-99>.

⁷ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

пожертва, але для цілей юридичної визначеності слід було зазначити про таку ознаку вказаних дій, як незаконність, адже не будь-який продаж гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку є незаконним.

Аналізуючи склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 201-2 КК, застосуванню підлягатимуть інші норми, такі як ст. 185, 190, 209 КК. Порівнюючи ст. 190 і ст. 201-2 КК зазначимо, що, ст. 201-2 КК не передбачає обов'язкового заволодіння чужим майном, оскільки в ній ідеться лише про мету отримати прибуток, тобто для ст. 201-2 КК немає значення, чи отримав винний очікуваний зиск, крім того ст. 201-2 КК не обмежує способи вчинення правопорушення обманом або зловживанням довірою, тобто покупець усвідомлює, що він купує гуманітарну допомогу, і його це повністю влаштовує. А якщо звернемо увагу на ст. 190 КК, то вона визначає два загальних шляхи здійснення шахрайства: обман та зловживання довірою. Під *обманом* розуміється повідомлення неправдивих відомостей або навіть замовчування відомостей, які мають бути повідомлені (такі дії та бездіяльність обов'язково мають переслідувати мету заволодіння чужим майном або придбання права на майно). Обман може здійснюватися в будь-якій формі: усній, письмовій, в електронному повідомленні, через підробку документів чи листів. У випадку заволодіння коштами потерпілих шляхом продажу їм товарів гуманітарної допомоги не може виникнути питання про ідеальну сукупність кримінальних правопорушень, передбачених ст. 190 і ст. 201-2 КК, оскільки ці кримінальні правопорушення мають різний безпосередній об'єкт (ст. 190 КК – відносини у сфері власності, ст. 201-2 КК – відносини у сфері гуманітарної допомоги та благодійної діяльності), тому винний одним своїм діянням фактично посягає на обидва безпосередні об'єкти та вчиняє не одне, а два кримінальних правопорушення. Що стосується кваліфікуючої ознаки, яка полягає у прийнятому законодавцем *розмірі збитків*, з якого настає кримінальна відповідальність за протиправне діяння. Відповідальність починається із суми 434 175 (350

неоподаткованих мінімумів доходів громадян), тому що при недостатності суми реалізованих гуманітарних товарів, такі дії можуть бути кваліфіковані як замах на вчинення кримінального правопорушення за ч. 1 ст. 201-2 КК. З іншої сторони, таке діяння при недостатності суми збитків, може охоплюватись іншим складом кримінального правопорушення за ст. 190 КК із відповідною частиною, в залежності від суми збитків. Ще однією практичної проблемою може стати процес внесення відомостей за ст. 201-2 КК до ЄРДР. Суть в тому, що предмети гуманітарної допомоги можуть бути реалізовані не одразу на суму більше 350 неоподаткованих мінімумів, а поступово, тоді їх дії охоплюватимуться єдиним умислом на реалізацію певної категорії товару на суму більше 350 неоподаткованих мінімумів і це буде продовжуваним кримінальним правопорушенням і може бути кваліфіковане за ст. 201-2 КК. Крім того, кримінальне правопорушення можна розглядати та кваліфікувати за ст. 190 КК, а кожен наступний епізод буде кваліфікуватись також за ст. 190 КК, однак вже з урахуванням ознаки повторності і чи варто при перевищенні суми в 350 неоподаткованих мінімумів доходів громадян об'єднувати злочини з ознаками повторності та перекваліфікувати на ст. 201-2 КК. У той же час виникає питання щодо розслідування кримінального провадження, оскільки підслідність щодо ст. 201-2 КК визначена за Службою безпеки України, а підслідність майнових кримінальних правопорушень (ст. 190 КК) належить поліції.

Суб'єктами кримінального правопорушення за ст. 201-2 КК, відповідно до положень Закону України «Про гуманітарну допомогу»⁸, а саме ст. 1, в сфері відносин отримання та передачі такої допомоги є три кола осіб: – донори (іноземні, вітчизняні) – юридичні та фізичні особи які надають допомогу; – отримувачі гуманітарної допомоги – такі юридичні особи, яких зареєстровано в установленому Кабінетом Міністрів України порядку в

⁸ Про гуманітарну допомогу: Закон України від 22.10.1999 р. № 1192-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3835342-99>.

Єдиному реєстрі отримувачів гуманітарної допомоги: благодійні, громадські, юридичні організації, тощо; – набувачі гуманітарної допомоги – фізичні та юридичні особи, які її потребують і яким вона безпосередньо надається. Отже, фізичні особи – це особи, які її потребують і яким вона безпосередньо надається. Юридичні особи – це особи, які зареєстровані в установленому КМУ порядку в Єдиному реєстрі отримувачів гуманітарної допомоги. А саме: а) підприємства громадських організацій осіб з інвалідністю, ветеранів війни та праці, а також підприємства, установи та організації, що утримуються за рахунок бюджетів, уповноважені ними державні установи та органи місцевого самоврядування, б) благодійні організації, створені у порядку, визначеному Законом України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» від 05.07.2012⁹, в) громадські організації осіб з інвалідністю, ветеранів війни та праці, Товариство Червоного Хреста України та його обласні організації, творчі спілки, а також громадські організації, створені для здійснення передбаченої їх статутними документами екологічної, оздоровчої, аматорської, спортивної, культурної, освітньої та наукової діяльності. г) релігійні організації, г) реабілітаційні установи для осіб з інвалідністю та дітей з інвалідністю, які мають відповідну ліцензію на здійснення реабілітаційних послуг, незалежно від відомчого підпорядкування, типу і форм власності. Але не може бути набувач допомоги, оскільки такі особи є кінцевими «споживачами» та на власний розсуд розпоряджаються вже отриманою допомогою, також не можуть бути і донори, оскільки тільки вони вирішують як, коли і на яких умовах надавати гуманітарну допомогу. Тому саме *отримувачі гуманітарної допомоги* є тими суб'єктами кримінального правопорушення, передбаченого ст. 201-2 КК, але отримувачами відповідно до Закону України «Про гуманітарну допомогу»¹⁰ можуть бути тільки юридичні особи. У той же час, відповідно до ст. 18 КК,

⁹ Про гуманітарну допомогу: Закон України від 22.10.1999 р. № 1192-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3835342-99>.

¹⁰ Про гуманітарну допомогу: Закон України від 22.10.1999 р. № 1192-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3835342-99>.

суб'єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці з якого настає кримінальна відповідальність. Крім того, відповідно до ч. 2, 3 ст. 201-2 КК, службові особи не єдині суб'єкти, дії яких можуть бути кваліфіковані за вказаними частинами статті, тому в санкціях ч. 2,4 ст. 201-2 КК варто було б передбачити можливість застосування позбавлення права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю або без такого.

Висновки. Не зважаючи на те, що прийняті зміни щодо гуманітарної допомоги є доволі доречними та відповідають вимогам сьогоденної ситуації, деякі їх положення потребують вдосконалення для того, щоб в подальшому уникнути як теоретичних неточностей, так і практичних непорозумінь, а саме що стосується суб'єкта цього кримінального правопорушення. Крім того, потребують вдосконалення правові норми щодо діяльності благодійної організації починаючи із моменту її створення, реєстрації, напрямів діяльності до прийняття рішення про ту чи іншу допомогу бенефіціарам та подальшого використання благодійних товарів (робіт, послуг).

Список використаних джерел

1. Про благодійну діяльність та благодійні організації: Закон України від 05.07.2012 р. № 5073-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5073-17#Text>.
2. Про гуманітарну допомогу: Закон України від 22.10.1999 р. № 1192-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3835342-99>.
3. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Редакція: 24.04.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

REFERENCES

1. Pro blahodiynu diyal'nist' ta blahodiyni orhanizatsiyi: Zakon Ukrayiny vid 05.07.2012 r. № 5073-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5073-17#Text> [in Ukrainian].

2. Pro humanitarnu dopomohu: Zakon Ukrayiny vid 22.10.1999 r. № 1192-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3835342-99> [in Ukrainian].

3. Kryminal'nyy kodeks Ukrayiny vid 05.04.2001 r. № 2341-III. Redaktsiya: 24.04.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> [in Ukrainian].

4. Tsyvil'nyy kodeks Ukrayiny vid 16.01.2003 r. № 435-IV. Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny. 2003. № 40-44. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> [in Ukrainian].

Kryshevych O. V. Criminal responsibility for introductory use of humanitarian aid or one type of fraud

In connection with the imposition of martial law, a number of laws were passed that increased criminal liability for a number of crimes, one of them in the misuse of humanitarian aid allocated to the needs of citizens who are in combat zones or who were forced to leave their homes. permanent residence. The subject of this criminal offense is humanitarian aid, charitable donations and gratuitous aid, the definition of which is given in the Laws of Ukraine «On Humanitarian Aid» and «On Charitable Activities and Charitable Organizations» of 05.07.2012. The provisions of the Law of Ukraine «On Humanitarian Aid» show that humanitarian aid is targeted targeted free aid, which is provided in cash or in kind, in the form of works or services. It should be emphasized that the sale of goods (items) of humanitarian aid; use of charitable donations, free aid for profit; concluding other transactions for the disposal of such property for profit, ie the amount by which the income exceeds the associated costs, as well as the purpose of profit can be proved by proving the actual profit or encroachment. The misappropriation, sale or exchange of other goods for personal gain is considered inappropriate. The key feature is free and useless assistance only to those who need it, or for clearly defined charitable purposes.

Attention is focused on the subject of the criminal offense to the misuse of humanitarian aid. Problematic issues in the qualification of humanitarian aid and delimitation from fraud are considered. It is noted that the adopted changes to humanitarian aid need some clarification in terms of defining the subject of the offense. In addition, the legislation on the activities of a charitable organization needs to be improved.

Key words: *humanitarian aid, charitable donations, gratuitous aid, criminal liability, profit, subject, fraud.*

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.257857>

В. І. Тютюгін,
канд. юрид. наук, проф., заслужений
юрист України, професор кафедри
кримінального права № 1
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

ПОЗБАВЛЕННЯ ПРАВА ОБІЙМАТИ ПЕВНІ ПОСАДИ АБО ЗАЙМАТИСЯ ПЕВНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ЯК ВИД ПОКАРАННЯ¹

Цією лекцією розпочинаємо цикл лекцій, присвячених аналізу окремих видів покарань, які входять в їх систему за кримінальним правом України, вичерпний перелік яких наведено в ст. 51 КК.

Відповідно до п. 3 ст. 51 і ст. 55 КК одним із видів кримінальних покарань є *позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю* (далі – позбавлення права). Цей вид покарання достатньо широко представлений і в Особливій частини КК, у 279-ти санкціях статей якої передбачено це покарання².

Поняття позбавлення права. Будь-яке покарання, в тому числі і позбавлення права, згідно з ч. 1 ст. 50 КК є заходом державного примусу, який полягає у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого. З цього випливає, що для визначення поняття цього виду покарання слід встановити сутність (характер та обсяг) тих правообмежень, які складають його зміст. При цьому необхідно враховувати, що зміст цих правообмежень, їх характер, обсяг та форми прояву мають певні особливості у різних видах покарань. Однак задля з'ясування цих особливостей відправним є положення про те, що сутністю будь-якого покарання є кара, яка саме і виражається в тих позбавленнях і обмеженнях прав і свобод особи, яким вона піддається і яких зазнає у разі її засудження і відбування призначеного судом покарання.

¹ Лекція з навчальної дисципліни «Кримінальне право України. Загальна частина» для студентів II курсу першого (бакалаврського) рівня вищої освіти.

² Кількість санкцій наведено за КК України станом на 01.04.2022 р.

1. Позбавлення права як один із видів покарань за своєю сутністю також є караю, яка в цьому покаранні перш за все виражається у самому факті засудження (осуді) особи – у негативній оцінці його поведінки, що міститься у вирокі суду. Однак основні правообмеження, які складають зміст цього покарання, полягають у тому, що у разі його призначення засуджений:

1) *позбавляється конкретного суб'єктивного права* – права обіймати саме ту посаду або займатися саме тією діяльністю, яку він з законних підстав обіймав або якою займався під час вчинення кримінального правопорушення³, а також пов'язаних з цим прав і можливостей;

2) *тимчасово обмежується в його правоздатності* – можливості вільного обрання (вибору) певної посади або певної діяльності протягом строку, визначеного у вирокі суду⁴.

Саме з такого розуміння сутності цього виду покарання виходить і Верховний Суд, коли вказує, що «покарання, передбачене у ст. 55 КК України, полягає в позбавленні обвинуваченого його суб'єктивного права на посаду, яку він обіймав, або на службу, професійну чи іншу спеціальну діяльність, якою він займався під час вчинення злочину, а також у тимчасовому обмеженні його правоздатності – можливості обіймати певні посади або займатися певною діяльністю протягом строку, встановленого вирокі суду»⁵.

2. Закон (ст. 55 КК) вказує на позбавлення права обіймати *певні* посади або займатися *певною* діяльністю. З цього, як зазначає Верховний Суд, випливає, що правова заборона обіймати певні посади чи зайняття певною діяльністю має бути чітко сформульована (визначена, конкретизована) у вирокі з тим, щоб не виникло ніяких сумнівів при виконанні цього

³ Далі – крим. правопорушення.

⁴ Характеризуючи це покарання, ще Н. С. Таганцев відмічав, що воно перш за все припадає на громадську і службову сферу діяльності винного, і при тому як стосовно прав і привілеїв, ним вже набутих, якими він вже користувався, так і стосовно самої можливості їх набуття, щодо його публічної правоздатності. (Див.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая, т. II. СПб. 1902. С. 1264.

⁵ Постанова Верховного Суду від 01.11.2018 р. у справі № 753/12073/15-к (провадження № 51-2250км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77654120>.

покарання⁶. Тобто, «... призначаючи це покарання, суд має чітко вказати у вирокі ті конкретні посади, права обіймати які позбавляється засуджений, або конкретний вид діяльності, права займатися якою він позбавляється»⁷. При цьому, конкретизуючи правову заборону у вирокі, суд повинен враховувати:

1) якщо в санкції статті Особливої частини КК, за якою засуджується винний, чітко зазначено характер посад (напр., позбавлення права обіймати посади, пов'язані з відповідальністю за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів – ст. 287 КК) або вид діяльності (напр., позбавлення права керувати транспортними засобами – ст. 286 КК), то правова заборона, сформульована у вирокі, повинно відповідати змістові такої санкції;

2) якщо ж у санкції це покарання визначено лише у загальній формі (тобто, наведена у формулюванні, що використовується у ст. 55 КК) або, коли воно як додаткове призначається за розсудом суду на підставі ч. 2 ст. 55 КК⁸, тоді суд зобов'язаний конкретизувати правову заборону у вирокі, виходячи при цьому з того, з якою саме посадою або діяльністю було безпосередньо пов'язано вчинене особою крим. правопорушення.

Така конкретизація правової заборони може бути здійснена: а) або шляхом вказівки на вид конкретної посади чи діяльності, б) або шляхом опису (окреслення) характеру та обсягу тих повноважень, права володіти і користуватися якими позбавляється засуджений (напр., при засудженні за ч. 1 ст. 191 КК за привласнення чи розтрату ввіреного особі майна, в санкції якої позбавлення права визначено в загальній формі, суд у вирокі може зазначити, що позбавляє її права обіймати посади, пов'язані з обліком, зберіганням, управлінням та розпорядженням матеріальними цінностями).

⁶ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» (п. 17). *Вісник ВСУ*. 2003. № 6. С. 17.

⁷ Постанова Верховного Суду від 01.11.2018 р. у справі № 753/12073/15-к (провадження № 51-2250км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77654120>.

⁸ Докладно про особливості порядку призначення цього покарання за приписами ч. 2 ст. 55 КК буде викладено у подальшому.

Слід також урахувати, що приймаючи рішення про позбавлення права обіймати ті чи інші посади або займатися певною діяльністю, суд у вироку повинен сформулювати цю заборону таким чином, щоб засуджений не мав можливості обіймати вказані посади чи займатися визначеною діяльністю в будь-якій сфері (галузі), а також посади чи види діяльності, однакові за характером повноважень з тими, з якими було пов'язано вчинене ним крим. правопорушення. У той же час, слід мати на увазі, що суд не має права позбавити засудженого права працювати в тій чи іншій галузі господарства, системі культури, освіти, охорони здоров'я тощо, без точного визначення у вироку кола і характеру тих посад або конкретного виду (роду) тієї діяльності, права обіймати які або займатися якими позбавляється засуджений на визначений у вироку строк (напр., при засудженні за незаконне проведення абортів (ст. 134 КК) суд не має права заборонити лікарю працювати в системі охорони здоров'я чи взагалі займатися будь-якою медичною практикою, але може позбавити його права займатися лікарською діяльністю).

3. Закон (ст. 55 КК) не обмежує коло і характер посад, а також видів (роду) діяльності, заборонених засудженому вироком суду. Це можуть бути посади, що здійснюються на платній або безоплатній основі; виборні або такі, що обіймаються за призначенням; тимчасові чи постійні; керівні чи рядові, а діяльність – службовою, професійною, підприємницькою або іншою спеціальною (напр., заняття аматорським полюванням, керування особистим автотранспортом). Призначення цього покарання не залежить і від правового статусу тієї організації, у якій обіймає посаду чи займається діяльністю засуджений. Тому заборона може стосуватися посад чи діяльності, які особа здійснює у державному апараті, в органах місцевого самоврядування, громадських організаціях, на підприємствах, в організаціях чи установах, що належать до юридичних осіб як публічного, так й приватного права, незалежно від їх організаційно-правової форми та галузевої належності. Як

зазначив Верховний Суд⁹, не є перешкодою для призначення цього покарання і та обставина, що до моменту постановлення вироку підсудний вже не обіймав ту посаду або не займався тією діяльністю, з якими було пов'язане вчинене ним крим. правопорушення (напр., ще до ухвалення вироку особу було звільнено з посади чи вона припинила свої трудові (професійні) відносини з підприємством за власним бажанням). Таке роз'яснення Верховного Суду обумовлено тим, що сутність розглядуваного покарання полягає не тільки у звільненні особи з посади або у припиненні діяльності, з якими було пов'язано вчинене крим. правопорушення, скільки в позбавленні такої особи самої можливості протиправного використання таких посад чи діяльності у подальшому (у всякому разі, на строк, визначений вироком суду).

4. Таким чином, при позбавленні особи права обіймати певні посади або займатися професійною, підприємницькою або іншою спеціальною діяльністю, покарання, передбачене ст. 55 КК, обмежує правовий статус особи, частіше за все, у сфері її службової чи трудової (професійної) діяльності. Відомо, що одним із суттєвих елементів правоздатності особи, як зазначено у ст.ст. 42 і 43 Конституції України, як раз і є можливість вільного вибору професії, виду занять, а саме вибір певної посади або діяльності відповідно до покликання і здібностей особи, її професійної, спеціальної підготовки, характеру освіти та з урахуванням суспільних потреб. Із сутності цього покарання та характеру тих правообмежень, що складають його зміст, випливає, що як сама можливість обіймати ту чи іншу посаду або займатися певною діяльністю (правоздатність), так і конкретне, спрямоване на реалізацію тієї можливості, право обіймати таку посаду або займатися такою діяльністю (суб'єктивне право), яке реалізується у правовідносинах, становлять один із суттєвих елементів загального та індивідуального правового статусу особи і охороняються законом. Але здійснення цих прав

⁹ Вісник ВСУ. 2003. № 6. С. 17.

не безмежне і охороняється державою лише в тих випадках, коли їх використання не завдає шкоди суспільству та державі, правам інших громадян, тобто перебуває в повній відповідності із законом і соціальним призначенням цих прав у суспільстві. Тому протиправне використання прав та повноважень за посадою, здійснення цих прав у супереччя їх призначенню, невиконання чи неналежне виконання професійних чи інших громадянських обов'язків, ставить під сумнів можливість обіймати особою ці посади чи займатися цією діяльністю, що призводить не тільки до відмови держави від охорони цих прав, а й до позбавлення особи як самих цих прав, так і можливості їх набуття протягом певного, встановленого законом і визначеного у вирокі, проміжку часу. Одним зі специфічних видів таких санкцій як раз і є покарання, передбачене ст. 55 КК. Безпосередньо втручаючись у правовий статус засудженого, воно суттєво змінює його, спричиняє серйозні обмеження, які зменшують можливість його участі в тій чи іншій сфері суспільних відносин, обмежуючи при цьому не тільки його трудові права, а у ряді випадків породжуючи й інші негативні для засудженого наслідки. Зокрема, це покарання може призвести до зниження матеріального забезпечення засудженого, втрати ним пільг і привілеїв, пов'язаних з попередньою посадою, професійною, підприємницькою чи іншою спеціальною діяльністю. Може призвести до перерви спеціального трудового стажу, а, іноді, і до втрати професійних (спеціальних) навичок. Засуджений може бути повністю позбавлений основного роду діяльності, якою він займався протягом тривалого часу і яка могла бути, навіть, головним джерелом існування як для нього самого, так і для членів його сім'ї. Для зайняття ж не забороненими вироком видами діяльності, засуджений іноді вимушений проходити навчання, яке, як правило, потребує певного часу, відповідних інтелектуальних зусиль і додаткових матеріальних витрат. У переважній більшості випадків засудження до цього виду покарання призводить і до певних моральних страждань завдяки

«випадінню» засудженого зі звичного соціального оточення, розриву необхідних для нього і соціально значущих зв'язків тощо¹⁰.

Підстава призначення позбавлення права – це встановлені в ст. 55 КК певні умови (вимоги, чинники) об'єктивного та суб'єктивного характеру, за наявності і з обов'язковим дотриманням яких суд тільки і має право призначити це покарання. Аналіз закону свідчить, що *підстава* призначення позбавлення права складається з декількох чинників, кожен із яких є обов'язковим для її наявності. Зі змісту ст. 55 КК випливає, що для призначення цього покарання суд у кожному конкретному випадку має встановити, що:

1) під час (в момент) вчинення крим. правопорушення особа обіймала ту посаду або займалася тією діяльністю, право на здійснення яких вона отримала (набула) *в установленому законом порядку*. Інакше кажучи, під час вчинення крим. правопорушення особа володіла правом обіймати певну посаду або займатися певною діяльністю. Якщо ж особа взагалі не мала такого права (не була ним наділена) або самовільно (протиправно) його присвоїла, призначення цього покарання виключається. Саме тому Верховний Суд неодноразово звертав увагу судів на те, що, напр., позбавлення права керування транспортними засобами не може бути призначено особі, яка хоча фактично і керував таким засобом під час вчинення крим. правопорушення (ст. 286 КК), але не була наділений цим правом в установленому законом порядку¹¹. У той же час ще у 2003 р. Пленум Верховного Суду в п. 18 постанови «Про практику призначення судами кримінального покарання» зазначив, що: «позбавлення права керувати транспортними засобами може бути призначене судом як додаткове

¹⁰ Докладно про сутність цього покарання, характер та обсяг правообмежень, що складають його зміст, див.: Тютюгін В. І. Лишение права занимать определенные должности как вид наказания. Харьков: Виша школа. Изд-ВО при Харьк. ун-те. 1982. С. 4–22.

¹¹ Вісник ВСУ. 2003. № 6. С. 17; Практика судів України з кримінальних справ (2012–2013 рр.) / уклад. В. І. Тютюгін; за заг. ред. В. Я. Тація. Харків: Право, 2014. С. 221–224; Постанова Верховного Суду від 22.01.2019 р. у справі № 708/40/18 (провадження № 51-7569км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79383420>.

покарання незалежно від того, що особа вже позбавлена такого права в порядку адміністративного стягнення»¹². Така позиція Верховного Суду заснована, по-перше, на тому, що це покарання, безумовно, є більш суворим заходом впливу, ніж аналогічне за характером правообмежень адміністративне стягнення хоча б вже тому, що воно породжує більш істотні юридичні наслідки (тягне за собою судимість і впливає на обчислення строків її погашення, може призвести до визнання знову вчиненого крим. правопорушення повторним і у зв'язку з цим до посилення покарання (п. 1 ч. 1 ст. 67 КК) тощо). По-друге, застосування позбавлення права керувати транспортними засобами як додаткового покарання стосовно особи, яка вже позбавлена його в адміністративного порядку, стосується, безумовно, лише тих випадків, коли, будучи позбавленою цього права за адміністративний проступок, особа вчиняє нове, але вже крим. правопорушення. Тобто, йдеться про вчинення особою двох різних за своєю правовою природою діянь – адміністративного проступку і крим. правопорушення, бо притягнення особи за одне й те саме діяння і до адміністративної, і до кримінальної відповідальності суперечить, як вважає Верховний Суд, ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і практиці ЄСПЛ¹³.

Виключається позбавлення особи права займатися, напр., і підприємницькою або іншою спеціальною діяльністю, якщо вона нею не займалася і свідоцтва (дозволу) на право її здійснення не мала¹⁴. Суд не може також позбавити особу права займатися і такого роду діяльністю, заборона на заняття якою встановлена самим законом (напр., суд не може позбавити особу права займатися діяльністю щодо виготовлення вогнепальної зброї або

¹² Вісник ВСУ. 2003. № 6. С. 17.

¹³ Постанова Верховного Суду від 02.12.2019 р. у справі № 612/712/16-к (провадження № 2148кмо18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/865>.

¹⁴ Практика судів України з кримінальних справ (2012–2013 рр.) / уклад. В. І. Тютюгін; за заг. ред. В. Я. Тація. Харків: Право, 2014. С. 205–207.

наркотичних засобів, бо така діяльність прямо заборонена ст.ст. 263², 307 і 309 КК);

2) крим. правопорушення, за вчинення якого призначається позбавлення права, має бути *пов'язаним* з посадою, яку особа обіймала, або з діяльністю, якою вона займалася під час його вчинення. Найбільш чітко ця вимога сформульована в ч. 2 ст. 55 КК, зі змісту якої випливає, що позбавлення права може бути призначено не за будь-яке, а лише за таке крим. правопорушення, яке було вчинене *за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю*. Обов'язковість такої умови для призначення цього покарання підтверджує і аналіз Особливої частини КК, в санкціях статей якої позбавлення права, як правило, передбачено за діяння, що вчиняються з використанням службового становища особи або у зв'язку із заняттям нею певної діяльності (напр., ст.ст. 158, 191, 212, 364, 368 та ін.). Саме на цю вимогу (чинник підстави) постійно звертає увагу і Верховний Суд, підкреслюючи, що позбавлення права «...може бути призначене лише у тих випадках, коли вчинення злочину було пов'язане зі службовим становищем підсудного або із зайняттям ним певною діяльністю»¹⁵.

Слід також зазначити, що аналіз санкцій статей Особливої частини КК, у яких передбачено це покарання, свідчить про те, що використання посади, яку обіймає винний, чи діяльності, якою він займається, може мати місце у разі вчинення ним як *умисного*, так і *необережного* крим. правопорушення. Напр., за ст. 368 КК службова особа умисно, всупереч інтересам служби використовує своє службове становище для одержання неправомірної вигоди, а за ст. 286 КК недотримання чи неналежне виконання особою ПДР призводить до наслідків, психічне ставлення до яких виражається у необережній формі вини;

¹⁵ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 23.10.2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання». *Вісник Верховного Суду України*. 2003. № 6. С. 17; Постанова Верховного Суду від 01.11.2018 р. у справі № 753/12073/15-к (провадження № 51-2250км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77654120>.

3) характер вчиненого крим. правопорушення, дані про особу винного та інші обставини справи свідчать про *неможливість збереження за засудженим у подальшому права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю* (ч. 2 ст. 55 КК). Це хоча і *оціночний*, але такий підсумковий і вирішальний чинник підстави призначення позбавлення права, який кожного разу встановлюється судом на основі ретельного аналізу і всебічної оцінки всіх обставин конкретної справи і даних про особу винного, який остаточно переконує суд у необхідності та доцільності призначити цього покарання. Саме цей чинник підстави призначення позбавлення права є, так би мовити, конкретизацією вимоги загальних засад призначення покарання, згідно з якою особі, яка вчинила крим. правопорушення, має бути призначене покарання, *необхідне й достатнє* для її виправлення та попередження нових крим. правопорушень (ч. 2 ст. 65 КК)¹⁶.

Таким чином, аналіз підстави призначення позбавлення права свідчить, що воно належить до так званих *спеціальних* видів покарання¹⁷, бо може бути застосоване не до будь-якої особи, що вчинила крим. правопорушення, а лише до більш вузького кола суб'єктів, які: а) під час вчинення крим. правопорушення з законних підстав обіймали певну посаду або займалися певною діяльністю і б) вчинили це крим. правопорушення, пов'язане саме з тією посадою, яку обіймали, або у зв'язку із діяльністю, якою займалися.

Порядок призначення позбавлення права – це встановлені у ст.ст. 51, 52, 55, 65–73 Загальної частини КК і в санкціях статей Особливої частини КК певні *правила*, якими має керуватися і яких повинен дотримуватися суд у кожному випадку призначення цього покарання. Відповідно до ч. 3 ст. 52 та ч. 1 ст. 55 КК позбавлення права може бути призначено *як основне або як додаткове покарання*, тобто належить до так

¹⁶ Постанова Верховного Суду від 17.11.2020 р. у справі № 686/3244/20 (провадження № 51-4031км20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93014978>.

¹⁷ Про поняття загальних та спеціальних видів покарань і особливості їх застосування див.: Тютюгін В. І., Комаров О. Д., Рубашенко М. А. Кримінальне право України. Загальна частина: посіб. для підготовки до заліків та іспитів / В. І. Тютюгін, О. Д. Комаров, М. А. Рубашенко; від. ред. В. І. Тютюгін. 4-те вид., перероб. і доп. Харків: Право, 2021. С. 151–152, 158–160.

званих «*змішаних*» видів покарання. Звідси випливає, що і порядок його призначення має певні особливості у випадках, коли воно призначається як основне або як додаткове покарання.

Призначення позбавлення права як основного покарання. При аналізі порядку його призначення у такій якості слід перш за все зазначити, що із 279-ти санкцій статей Особливої частини КК, які його містять, лише у 20-ти з них позбавлення права передбачено як *основне* покарання (напр., ч.ч. 1 ст.ст. 140, 172, 212¹, 242, 371 КК та ін.). Порядок його призначення у цих випадках встановлено у ч. 4 ст. 52 КК, згідно з якою за одне крим. правопорушення може бути призначено лише *одне основне покарання, передбачене в санкції статті* Особливої частини КК. Звідси випливає, що при вирішенні питання про призначення цього покарання як основного суд повинен керуватися таким правилами:

1. За загальним правилом, позбавлення права може бути призначено як основне покарання лише за тими статтями Особливої частини КК, в санкціях яких воно *безпосередньо* передбачено саме у такій якості (ч. 4 ст. 52 КК).

2. Виняток з цього загального правила передбачений у ч. 1 ст. 69 КК, на підставі якої суд має право: а) призначити основне покарання, передбачене в санкції, але нижче від найнижчої його межі, встановленій в санкції, або б) перейти до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не передбаченого в санкції¹⁸.

Перший варіант застосування ч. 1 ст. 69 КК стосовно позбавлення права виключається, бо у всіх 20-ти санкціях, що його передбачають, визначена тільки максимальна межа його призначення (до 3-х, до 5-ти або до 15-ти років), тоді як мінімальна межа дорівнює тому мінімуму (2 рокам), який встановлено в ч. 1 ст. 55 КК, нижче якого це покарання взагалі не може бути призначено.

¹⁸ Слід мати на увазі, що застосування цих варіантів пом'якшення покарання за ч. 1 ст. 69 КК неможливо (виключається) у випадках засудження особи за корупційне чи пов'язане з корупцією крим. правопорушення, вичерпний перелік яких наведено у примітці до ст. 45 КК.

Другий варіант застосування ч. 1 ст. 69 КК, за якого позбавлення права призначається як більш м'який вид основного покарання, порівняно з будь-яким іншим, передбаченим в санкції, хоча і не виключається, але може бути використаний лише у випадках, коли суд встановить, що крим. правопорушення було вчинено за посадою, яку особа обіймала, або у зв'язку із діяльністю, якою вона займалася, тобто за наявності підстави призначення цього виду покарання, закріпленій в ст. 55 КК.

3. Із 20-ти санкцій, які містять позбавлення права як основне покарання, в 5-ти з них воно передбачено або як єдине (ч.ч. 1 і 2 ст. 111¹ КК), або як альтернативне (ч. 1 ст. 212¹, ст. 223¹, ч. 1 ст. 239 КК) і *найбільш суворе* основне покарання за крим. правопорушення, що вчиняється з *прямим умислом*. Причому, перші два з цих діянь (ч.ч. 1 і 2 ст. 111¹ КК) є крим. проступками (ч. 2 ст. 12 КК), а останні (ч. 1 ст. 212¹, ст. 223¹, ч. 1 ст. 239 КК) – нетяжкими злочинами (ч. 4 ст. 12 КК), за які в санкціях передбачені покарання, не пов'язані з позбавленням волі. Тому у випадках, коли зазначені крим. правопорушення були незакінченими, то у разі готування до них крим. відповідальність виключається (ч. 2 ст. 14 КК), а у разі замаху – позбавлення права не може перевищувати *двох третин* максимального його строку, встановленого в санкції (ч. 3 ст. 68 КК).

4. У санкціях ч.ч. 1 і 2 ст. 111¹, ч.ч. 1 ст.ст. 212¹, 239, 323 і ст. 223¹ КК позбавлення права передбачено як *найбільш суворий вид* основного покарання. Тому за наявності підстав для застосування ст. 69¹ КК строк останнього не може перевищувати *двох третин* максимального його строку, встановленого в цих санкціях.

5. За сукупністю крим. правопорушень позбавлення права як основне покарання може бути призначено як за одне з них, так і за декілька. У цих випадках суд повинен керуватися правилами, закріпленими в ст. 70 і ч. 3 ст. 72 КК, згідно з якими:

1) якщо позбавлення права як основне покарання призначено лише за одне з крим. правопорушень, що входять до сукупності, то при визначенні остаточної міри покарання згідно з ч. 1 ст. 70 КК воно може бути або *поглинуте* більш суворим покаранням, призначений за інше (інші) крим. правопорушення (ч. 1 ст. 70 КК), або підлягає *самотійному виконанню* (тобто, виконується паралельно з іншим покаранням), бо згідно з ч. 3 ст. 72 КК воно *не підлягає* складанню (як частковому, так і повному) з іншими видами основних покарань;

2) якщо це основне покарання призначено за декілька окремих крим. правопорушень, то воно може бути як *поглинуте* більш тривалим за строком позбавленням права, призначеним за інше крим. правопорушення, так й *частково* або *повністю складається* з ним у межах санкції, що передбачає більш тривалий його строк, чи у межах, визначених у ч. 1 ст. 55 КК. Але як поглинення, так й складання можливо у цих ситуаціях лише за умови, якщо за окремі крим. правопорушення призначені такі різновиди позбавлення права, які є *тотожними* і збігаються за характером їх правообмежень (напр., і за одне, і за інше крим. правопорушення призначено позбавлено права обіймати посади, пов'язані з обліком, зберіганням, управлінням та розпорядженням матеріальними цінностями);

3) якщо ж за окремі крим. правопорушення призначені такі різновиди позбавлення права, які є *різномірними* і не збігаються за характером правообмежень (напр., за ч. 1 ст. 140 КК забороняється займатися діяльністю, пов'язаною із наданням фармацевтичних послуг, а за ч. 1 ст. 172 КК – обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій), то при визначенні остаточної міри покарання обидва різновиди цього покарання підлягають *самотійному виконанню* (застосовуються паралельно – одне поряд з іншим) без поглинення і складання між собою. Таке рішення обумовлено тим, що у ст. 55 КК позбавлення права сформульовано лише в загальній формі (визначено лише в родових його

рисах), тоді як окремий його різновид кожного разу визначається судом шляхом конкретизації правової заборони у вирокі. Таким чином, у випадках призначення за окремі крим. правопорушення різнорідних за характером правообмежень різновидів позбавлення права, призначаються, по суті, різні види цього покарання. Тому за правилами ч. 3 ст. 72 КК вони не підлягають поглиненню і складанню між собою, а *виконуються самостійно*;

6. За сукупністю вироків (ст. 71 КК) позбавлення права як основне покарання може бути призначено або тільки за попереднім, або тільки за знову ухваленим вирокі, або за обома цими вирокі. У цих випадках суд повинен керуватися правилами, закріпленими в ст. 71 і ч. 3 ст. 72 КК, згідно з якими:

1) якщо це основне покарання призначено тільки за попереднім вирокі, то невідбута його частина не підлягає ні поглиненню покаранням, призначеним за новим вирокі, ні складанню з ним, а відповідно до ч. 3 ст. 72 КК *виконується самостійно* (застосовується паралельно – поряд із покаранням, призначеним за новим вирокі). У такому ж порядку *самостійно виконується* позбавлення права і у випадках, коли як основне покарання призначається лише за знову постановленим (новим) вирокі;

2) якщо це основне покарання призначається за обома вирокі (раніше і знову постановленими), то обидва ці види покарань згідно з ч. 3 ст. 72 КК також *виконуються самостійно* (без поглинення і складання між собою) за умови, якщо ці види (різновиди) позбавлення права є *різнорідними* і не збігаються за характером їх правообмежень;

3) якщо ж призначені за окремими вирокі види (різновиди) позбавлення права є *тотожними* і збігаються за характером їх правообмежень, то остаточна міра цього покарання може бути визначена як шляхом їх *складання* між собою у межах 5-ти чи 15-річного строку, встановленого у ч. 1 ст. 55 КК, так і шляхом *поглинення* – якщо за новим

вираком позбавлення права було призначено на максимально можливий його строк, встановлений у ч. 1 ст. 55 КК.

Призначення позбавлення права як додаткового покарання. Аналіз санкцій статей Особливої частини КК, а також приписи ч. 4 ст. 52 і ч. 2 ст. 55 КК свідчить, що це покарання як додаткове може бути призначено судом у двох випадках, а саме, якщо воно: а) *безпосередньо передбачено у санкції статті Особливої частини КК* або б) *не передбачено в санкції*, але призначається на підставі ч. 2 ст. 55 Загальної частини КК.

1. Із 279-ти санкцій статей Особливої частини КК, що містять позбавлення права, у 259-ти з них воно передбачено як *додаткове* покарання. Причому, у 187-ми з цих санкцій воно передбачено як *обов'язкове* до призначення (напр., ст.ст. 364, 365, 366 КК), а у 72-х – як *факультативне* (необов'язкове) до призначення (напр., ст. 132, ч. 2 ст. 144, ч.ч. 1 ст.ст. 210, 272 КК). Обов'язковість призначення цього додаткового покарання закріплюється в санкції шляхом вказівки на те, що вчинене діяння карається «...з позбавлення права...», а факультативність – вказівкою, що діяння карається «.. з позбавленням права... *або без такого*». З наведеного випливає, що при вирішенні питання про призначення цього додаткового покарання суд повинен керуватися правилами, згідно з якими:

1) якщо це додаткове покарання передбачено в санкції як *обов'язкове* до призначення, то, за загальним правилом, суд *повинен* (зобов'язаний) його призначити, бо питання про необхідність і доцільність його застосування у таких санкціях закріплено вже самим законодавцем. Але в ч. 2 ст. 69 КК встановлено і виняток із цього загального правила, згідно з яким суд *має право* відмовитися від призначення передбаченого в санкції обов'язкового додаткового покарання за наявності підстав, встановлених у ч. 1 ст. 69 КК.

Приймаючи таке рішення, суд повинен мотивувати його у вирокі і послатися на ч. 2 ст. 69 КК¹⁹;

2) у деяких випадках це додаткове покарання *не може бути призначено*, незважаючи на те, що в санкції воно передбачене як обов'язкове, а підстави для застосування ч. 2 ст. 69 КК у справі відсутні. Так, у санкціях ч. 2 ст. 308, ч. 2 і 3 ст. 312 КК, які встановлюють відповідальність за викрадення, привласнення, вимагання чи заволодіння шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем наркотичними засобами, психотропними речовинами їх аналогів або прекурсорами, позбавлення права передбачено як *обов'язкове* додаткове покарання. Але воно може бути призначено далеко не у всіх випадках вчинення цих крим. правопорушень, а лише за умови, коли вони вчиняються шляхом привласнення чи зловживання службовим становищем, бо тільки у цих випадках діяння вчиняється за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю і, отже, наявна підстава для призначення цього покарання, визначена в ч. 2 ст. 55 КК;

3) якщо це додаткове покарання передбачено в санкції лише як *факультативне* до призначення, то питання про доцільність його застосування у кожному конкретному випадку вирішується *за розсудом суду* з урахуванням обставин справи та особи винного. Тобто, у цих випадках закон надає суду лише право, тобто встановлює можливість призначення цього додаткового покарання, якою суд може скористатися, а може і відмовитися від цього²⁰. При цьому у разі як призначення, так й непризначення цього додаткового покарання, рішення суду має бути мотивовано у вирокі.

2. Відповідно до ч. 2 ст. 55 КК з урахуванням характеру крим. правопорушення, вчиненого за посадою або у зв'язку із заняттям певною

¹⁹ Слід, однак, урахувати, що відповідно до ч. 2 ст. 69 КК суд не може не призначити (повинен призначити) обов'язкове додаткове покарання у випадках засудження особи за крим. правопорушення, за яке в санкції передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад 3 тис. н.м.д.г.

²⁰ Постанова Верховного Суду від 08.02.2018 р. у справі № 361/2704/16-к (провадження № 51-358 км 18.02). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72199331>.

діяльністю, особи винного та інших обставин справи (тобто за наявності підстави), позбавлення права як додаткове покарання може бути призначено *за розсудом суду* і у випадках, коли воно *не передбачене в санкції* статті Особливої частини КК (напр., за ч. 2 ст. 154, ч. 1 і 2 ст. 248, ч. 3 і 4 ст. 354 КК та ін.). У таких випадках рішення про призначення цього додаткового покарання приймається *за розсудом суду*, який спирається при цьому не на санкцію статті Особливої частини КК, а на підставу його застосування, встановлену в ч. 2 ст. 55 Загальної частини КК. Таке рішення має бути мотивовано у вироку з обов'язковим посиланням при цьому на ч. 2 ст. 55 КК.

3. Як додаткове покарання позбавлення права може бути призначено *за розсудом суду* і у тих випадках, коли воно передбачене в альтернативній санкції статті Особливої частини КК лише як *одне з основних покарань* (напр., за ч. 1 ст. 140, ч. 3 ст. 243, ч. 2 ст. 343 КК), але не призначається судом як основне покарання. Застосовуючи в таких випадках інший вид альтернативно передбаченого в санкції основного покарання, суд *має право* призначити позбавлення права як додаткове покарання. У таких випадках це додаткове покарання також призначається не за санкцією статті Особливої частини КК, у якій воно передбачено лише як *одне з основних покарань*, а на підставі ч. 2 ст. 55 КК з обов'язковим мотивуванням такого рішення у вироку.

4. За сукупністю крим. правопорушень позбавлення права як додаткове покарання може бути призначено як за одне з них, так і за декілька крим. правопорушень. У цих випадках суд повинен керуватися правилами, закріпленими в ст. 70 і ч. 4 ст. 72 КК, згідно з якими:

1) якщо це додаткове покарання призначено лише за одне з крим. правопорушень, що входять до сукупності, то згідно з ч. 3 ст. 70 КК воно приєднується на додаток до остаточно визначеного за сукупністю основного покарання;

2) якщо це додаткове покарання призначено за декілька окремих крим. правопорушень, то при визначенні остаточної міри додаткового покарання воно може бути як *поглинуте* більш тривалим за строком позбавленням права, призначеним за інше крим. правопорушення, так й *частково* або *повністю складається* з ним у межах санкції, що передбачає більш тривалий його строк, чи у межах, встановлених в ч. 1 ст. 55 КК. Але як поглинення, так й складання можливе у цих випадках лише за умови, якщо за окремі крим. правопорушення призначені такі різновиди цього додаткового покарання, які є *тотожними* і збігаються за характером їх правообмежень (напр., і за одне, і за інше крим. правопорушення призначено позбавлення права керувати транспортними засобами);

3) якщо ж за окремі крим. правопорушення призначені такі різновиди цього додаткового покарання, які є *різномірними* і не збігаються за характером правообмежень (напр., за ч. 2 ст. 134 КК забороняється займатися лікарською діяльністю, а за ч. 1 ст. 286 КК – керувати транспортними засобами), то при визначенні остаточної міри додаткового покарання обидва ці різновиди позбавлення права приєднують на додаток до остаточного визначеного основного покарання і кожне з них згідно з ч. 4 ст. 72 КК *виконується самостійному* без поглинення і складання між собою. Таке рішення обумовлено тим, що у ст. 55 КК позбавлення права сформульовано лише в загальній формі (тобто визначено лише в родових його рисах), тоді як окремих його вид (різновид) кожного разу визначається судом шляхом конкретизації правової заборони у вирокі. Таким чином, у разі призначення за окремі крим. правопорушення різномірних за характером правообмежень різновидів позбавлення права, по суті, призначаються різні його види. Тому за правилами ч. 4 ст. 72 КК вони не підлягають поглиненню і складанню між собою, а *виконуються самостійно*;

4) якщо за одне з крим. правопорушень призначається позбавлення права як додаткове покарання, а за інше – додаткове покарання іншого виду

(наприклад, штраф або конфіскація майна), то ці додаткові покарання приєднується без поглинення і складання між собою на додаток до основного, остаточно визначеного за сукупністю, і кожне з них згідно з ч. 4 ст. 72 виконується *самостійно*.

5. За сукупністю вироків позбавлення права як додаткове покарання може бути призначено або тільки за попереднім, або тільки за знову ухваленим вироком, або за обома цими výroками. У цих випадках суд повинен керуватися правилами, закріпленими в ст. 71 і ч. 4 ст. 72 КК, згідно з якими:

1) якщо це додаткове покарання призначено тільки за попереднім вироком, то невідбута його частина згідно з ч. 3 ст. 71 КК приєднується на додаток до основного покарання, остаточно визначеного за сукупністю вироків. У такому ж порядку це додаткове покарання приєднується на додаток до основного покарання, остаточно визначеного за сукупністю вироків, якщо воно призначено лише за знову постановленим (новим) вироком;

2) якщо це додаткове покарання призначено за обома výroками (раніше і знову постановленими), то згідно з ч. 4 ст. 72 КК вони також *виконуються самостійно* (без поглинення і складання між собою) за умови, якщо різновиди цього покарання є *різномірними* і не збігаються за характером правообмежень (напр., за одним з вироків особа позбавлена права займатися аматорським полюванням, а за іншим – керувати транспортними засобами);

3) якщо ж призначені за окремими výroками види цього додаткового покарання є *тотожними* і збігаються за характером правообмежень (напр., і за одним, і за іншим výroками особа позбавляється права керувати транспортними засобами), то остаточно його міра може бути визначена як шляхом повного чи часткового їх *складання* між собою у межах строку, встановленого у ч. 1 ст. 55 КК, так й шляхом *поглинення* – якщо за попереднім чи за новим вироком позбавлення права було призначено на

максимально можливий строк (3, 5, 10 або 15 років), встановлений у ч. 1 ст. 55 КК.

4) якщо за одним із вироків призначається позбавлення права як додаткове покарання, а за іншим – додаткове покарання іншого виду (напр., штраф або конфіскація майна), то ці додаткові покарання приєднується без поглинення і складання між собою на додаток до основного покарання, остаточно визначеного за сукупністю вироків, і кожне з них згідно з ч. 4 ст. 72 КК виконується самостійно.

Строки (межі) призначення позбавлення права. Позбавлення права і як основне, і як додаткове покарання належить до так званих *строкових* його видів, які відбуваються протягом певного проміжку часу, мінімальні та максимальні межі якого встановлені в ч. 1 ст. 55 Загальної частини КК і санкціях статей Особливої частини КК, а конкретна його міра (строк) визначається вирокіом суду.

1. За загальним правилом, встановленим в абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК позбавлення права як основне покарання може бути призначено на строк від *двох до п'яти років*, а як додаткове – *від одного до трьох років*. Але в абзацах 2–5 ч. 1 ст. 55 КК закріплено і декілька *винятків* з цього загального правила стосовно тих його розмірів (строків), у яких може бути призначено позбавлення права як основне або і додаткове покарання, а саме:

1) в абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК встановлено, що позбавлення права обіймати певні посади як *додаткове* покарання у справах, передбачених ЗУ від 16.09.2014 р. № 1682-VII «Про очищення влади»²¹, призначається на строк *п'ять років*. З цього законодавчого припису випливає, по-перше, що в даному випадку йдеться тільки про позбавлення права обіймати певні посади (без заборони займатися певною діяльністю) і, по-друге, при призначенні цього покарання у цих випадках його строк визначається в *абсолютно визначеному розмірі* – 5 років;

²¹ ВВР України. 2014. № 44. Ст. 2041.

2) в абз. 3 ч. 1 ст. 55 КК зазначено, що позбавлення права як *додаткове* покарання за вчинення крим. правопорушень проти виборчих прав і свобод громадянина, передбачених ст.ст. 157–160 КК, призначається на строк *п'ять років*. У санкціях зазначених статей це додаткове покарання теж встановлено і призначається судом в *абсолютно визначеному розмірі* – 5 років. В абсолютно визначеному розмірі воно передбачено і в ч. 1 (один рік), і в ч. 2 (три роки) ст. 203² КК;

3) в абз. 4 ч. 1 ст. 55 КК закріплено, що *додаткове* покарання як покарання у виді позбавлення права керувати транспортними засобами призначається на строк до *десяти років*. Закон не вказує тут на який мінімальний строк може бути призначено це покарання, але системний аналіз положень абзаців першого і четвертого ч. 1 ст. 55 КК дає підстави для висновку, що мінімальний строк цього покарання у даних випадках також становить один рік;

4) в абз. 5 ч. 1 ст. 55 КК позбавлення права і як *основне*, і як *додаткове* покарання за вчинення крим. правопорушень, передбачених ст. 111¹ КК, призначається на строк *від десяти до п'ятнадцяти років*. Саме в таких межах це покарання як основне передбачено в санкціях ч.ч. 1 і 2 ст. 111¹ КК і як додаткове – в санкціях ч.ч. 3–8 ст. 111¹ і в ст. 111² КК.

2. Якщо позбавлення права застосовується як *основне* покарання, то воно може бути призначено у межах тих його строків, які передбачені у відповідних санкціях статей Особливої частини КК і які, як свідчить їх аналіз, цілком відповідають мінімальним та максимальним його межам, встановленим в абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК.

3. Якщо це покарання як *додаткове* не передбачено в санкції статті Особливої частини КК і застосовується на підставі ч. 2 ст. 55 КК, то у таких випадках суд повинен його призначати у межах тих строків, які встановлені в ч. 1 ст. 55 КК.

4. Якщо це додаткове покарання застосовується за відповідною санкцією статті Особливої частини, то воно може бути призначено у межах тих строків, які визначені в цій санкції і які повинні відповідати мінімальним і максимальним його межах, встановленим в абзацах 1–5 ч. 1 ст. 55 КК. Аналіз цих санкцій свідчить, що в переважній більшості з них мінімальні та максимальні строки цього покарання відповідають тим його межах, які встановлені для нього в абзацах 1–5 ч. 1 ст. 55 КК. Але в Особливій частині КК наявні *п'ять* санкцій, у яких максимальний строк цього додаткового покарання виходить за ті максимальні його межі, що визначені для нього в абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК. Так, у санкції ч. 2 ст. 206 КК воно встановлено на строк від двох до чотирьох років; у ч. 3 ст. 206 КК – від трьох до п'яти років; у ч. 4 ст. 220¹, ст. 220² та ч. 1 ст. 365² КК – до десяти років. Між тим, встановлена в абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК саме для випадків вчинення крим. правопорушень, передбачених цими статтями КК, максимальна межа цього додаткового покарання становить лише 3 роки. Отже, у даних випадках наявна певна колізія, оскільки санкції зазначених статей Особливої частини КК суперечать приписам ч. 1 ст. 55 Загальної частини КК.

При розв'язанні цієї колізії необхідно виходити з того, що у санкціях статей Особливої частини КК лише перелічуються ті види покарань (основні і додаткові), які можуть бути призначені судом за конкретне крим. правопорушення і встановлюються такі їх розміри (строки), які не виходять за мінімальні та максимальні їх межі, окреслені в нормах Загальної частини КК. Тоді як у нормах Загальної частини КК врегульовані підстави, порядок, особливості застосування окремих видів покарань, визначені мінімально та максимальною допустимими межами їх призначення, з обов'язковим дотриманням яких вони і мають бути закріплені в санкціях статей Особливої частини КК. Звідси випливає, що санкції статей Особливої частини КК, які базуються на нормах Загальної частини КК, не можуть їм суперечити, а повинні цілком відповідати їх приписам. Тому у випадках, коли зміст санкції статті

Особливої частини КК суперечить приписам норм Загальної частини КК, пріоритет (перевагу) при розв'язанні такої колізії необхідно віддавати нормам Загальної частини КК. Такий висновок впливає й із загальних засад призначення покарання, у яких зазначається, що суд призначає покарання не тільки у межах санкції статті Особливої частини КК (п. 1 ч. 1 ст. 65 КК), а і відповідно до (з обов'язковим врахуванням) положень Загальної частини КК (п. 2 ч. 1 ст. 65 КК)²². Саме такого висновку дійшов і Верховний Суд, коли зазначив, що «норми Особливої частини КК України мають базуватися на нормах Загальної частини цього Кодексу. Про це законодавець спеціально зазначив у ст. 65 КК України, якою встановлено загальні засади призначення покарання. Згідно з ч. 1 цієї статті суд призначає покарання не тільки в межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за вчинений злочин..., але й відповідно до положень Загальної частини цього Кодексу. З огляду на ці положення закону суд при призначенні покарання повинен врахувати не тільки межі караності діяння, встановлені у відповідній санкції Особливої частини КК України, а й ті норми Загальної частини цього Кодексу, в яких регламентуються цілі, система покарань, підстави, порядок та особливості застосування окремих його видів, а також регулюються інші питання, пов'язані з призначенням покарання, здатні вплинути на вибір (обрання) судом певних його виду і міри...»²³.

Отже, у разі засудження особи за тими статтями КК, в санкціях яких позбавлення права передбачено у таких максимальних його межах, які не відповідають (суперечать) приписам ч. 1 ст. 55 КК, суд повинен визначити його строк, спираючись не на санкцію, а на положення ч. 1 ст. 55 КК і

²² Див.: Тютюгин В. И. Соотношение норм Общей части УК Украины и санкций статей Особенной части. *Проблеми законності*: Респ. міжвідом. наук. зб. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2006. Вип. 77. С. 105–112; Євдокімова О. В. Чергові «новели» кримінального законодавства. *Юрид. наук. електронний журнал*. № 5/2015. С. 181–183. URL: http://www.lsej.org.ua/5_2015/5_2015.pdf#page=181.

²³ *Вісник ВСУ*. 2011. № 8. С. 9–11; 2011. № 11. С. 19–21; *Практика застосування Верховним Судом України положень Загальної частини Кримінального кодексу України* [уклад. О. П. Горох]; за заг. ред. А. А. Музики. К.: «Центр учбової літератури», 2017. С.431–439.

повинен обрати міру цього покарання у такому максимальному розмірі, який дорівнює його максимальній межі, встановленій в цій нормі.

6. У ч. 3 ст. 55 КК закон встановлює особливості обчислення строку позбавлення права як додаткового покарання залежно від виду того основного покарання, до якого воно приєднується на додаток:

1) якщо це додаткове покарання приєднується на додаток до арешту (ст. 60 КК), обмеження волі (ст. 61 КК), тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців (ст. 62 КК) або позбавлення волі на певний строк (ст. 63 КК) – воно поширюється на увесь час відбування основного покарання і, крім цього, на строк, встановлений вироком суду. При цьому строк додаткового покарання обчислюється з моменту відбуття основного покарання. Таким чином, у цих випадках заборона обіймати певні посади або займатися певною діяльністю розповсюджується на строк і основного, і додаткового покарання;

2) якщо це додаткове покарання приєднується на додаток до інших видів основних покарань (ст.ст. 53, 56–58 КК), а також у разі його призначення до реального відбування на підставі ст. 77 КК при одночасному звільненні засудженого від основного покарання з випробуванням (ст.ст. 75, 79, 104 КК), – додаткове покарання обчислюється з моменту набрання законної сили вироком. Тобто, у цих випадках додаткове покарання виконується паралельно з основним чи з іспитовим строком. При цьому воно може бути більш-менш тривалим чи дорівнювати строку основного покарання або тривалості іспитового строку.

Таким чином, підводячи підсумок, можна визначити, що *позбавлення права – це спеціальний, строковий і «змішаний» вид покарання, яке полягає у позбавленні засудженого його суб'єктивного права на посаду, яку він обіймав, або на службу, професійну чи іншу спеціальну діяльність, якою він займався під час вчинення крим. правопорушення, а також у тимчасовому обмеженні його правоздатності – можливості обіймати певні посади чи*

займатися певною діяльністю протягом строку, встановленого вироком суду, яке як основне покарання може бути призначено за умови, коли воно безпосередньо передбачено в санкції статті Особливої частини КК, а як додаткове, коли воно зазначено в санкції або не передбачено в ній і застосовується на підставі ч. 2 ст. 55 КК у випадках вчинення крим. правопорушення за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю.

Звільнення від позбавлення права. Види звільнення від позбавлення права, призначеного як основне або як додаткове покарання, передбачені в ст.ст. 74, 79–82, 85–87 КК.

1. Відповідно до ч. 2 ст. 74 КК особа, засуджена до позбавлення права як основного чи додаткового покарання за діяння, караність якого законом усунена, підлягає *безумовному* та *остаточному* звільненню від цього покарання.

2. За ст. 79 КК вагітна жінка або жінка, яка має дитину віком до семи років, засуджена до основного покарання у виді обмеження чи позбавлення волі і такого додаткового як позбавлення права, може бути звільнена судом від відбування як основного, так й додаткового покарання з випробуванням²⁴. Таке звільнення: а) є *умовним* – на період іспитового строку перед особою висуваються певні вимоги (ч.ч. 2, 5 та 6 ст. 79 КК); б) є *факультативним* – суд має право, але не зобов'язаний його застосувати); в) може бути як *повним* – зі звільненням від основного і від додаткового покарання), так й *частковим* – зі звільнення тільки від основного покарання); г) здійснюється у *два етапи* – на першому суд звільняє від покарання і встановлює іспитовий строк, а на другому – після закінчення іспитового строку приймає остаточне рішення про звільнення від відбування покарання.

3. За ст. 80 КК особа *остаточо* і *безумовно* звільняється від відбування позбавлення права, призначеного як основне покарання, якщо з

²⁴ Таке звільнення виключається у разі засудження жінки до позбавлення волі на строк більше п'яти років за тяжкий (ч. 5 ст. 12 КК) і особливо тяжкий (ч. 6 ст. 12 КК) злочини, а також за корупційні чи пов'язані з корупцією крим. правопорушення.

дня набрання законної сили обвинувальним вироком його не було виконано протягом 2-х років (п. 1 ч. 1 ст. 80 КК) і перебіг строків даності не зупинявся (ч. 3 ст. 80 КК) та не переривався (ч. 4 ст. 80 КК). Якщо позбавлення права було призначено як додаткове покарання, то воно не впливає на тривалість строків давності, бо згідно з ч. 2 ст. 80 КК вони визначаються основним покаранням, призначеним судом.

4. Умовно-дострокове звільнення від відбування такого основного покарання як позбавлення права законом не передбачено. Що стосується цього покарання як додаткового, то згідно з ч. 1 ст. 81 КК особу може бути умовно-достроково звільнено *повністю* або *частково* і від відбування такого додаткового покарання як позбавлення права²⁵. Таке звільнення є *факультативним* – суд має право, але не зобов'язаний його застосовувати і *умовним* – невідбута частина як основного, так й додаткового покарання є своєрідним іспитовим строком, порушення умов якого тягне за собою наслідки, передбачені ч. 4 ст. 81 КК.

5. При умовно-достроковому звільненні від відбування додаткового покарання у виді позбавлення права таке звільнення може бути застосовано:

1) одночасно з умовно-достроковим звільненням від основного покарання. У цьому випадку особа звільняється або від усього строку додаткового покарання, – якщо останнє ще не відбувалося засудженим (напр., у разі його приєднання на додаток до позбавлення волі), або від невідбутої його частини, – якщо частина його строку була вже відбута (напр., у разі його приєднання на додаток до виправних робіт);

2) після умовно-дострокового звільнення від основного покарання, якщо в одночасному звільненні від додаткового було відмовлено судом;

3) після повного відбуття засудженим основного покарання²⁶.

²⁵ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 20.04.2002 р. № 2 «Про умовно-острокове звільнення від відбування покарання і заміну невідбутої частини покарання більш м'яким. Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України з кримінальних справ (1973–2011 роки) / упоряд.: Ю. М. Грошевий, О. В. Капліна, В. І. Тютюгін. Харків: Право, 2011. С. 146.

²⁶ Там само.

6. Заміна невідбутої частини такого основного покарання як позбавлення права більш м'яким покаранням законом не передбачена. Що стосується цього покарання як додаткового, то згідно з ч. 2 ст. 82 КК у разі заміни невідбутої частини основного покарання більш м'яким засуджений *одночасно* може бути звільнений і від додаткового покарання у виді позбавлення права. Таке звільнення є *остаточним, безумовним*²⁷ і *повним*, оскільки додаткове покарання ще не відбувалось засудженим.

7. Згідно зі ст. 85 КК на підставі закону про амністію або акта про помилування засуджений (за винятком тих, до яких амністія не застосовується) може бути *повністю* або *частково* звільнений від основного і додаткового покарань. Ці положення закону поширюються і на осіб, засуджених до такого основного чи додаткового покарання як позбавлення права. У той же час особи, засуджені за крим. правопорушення, перелік яких наведено у ч.ч. 2 ст.ст. 86 і 87 КК, можуть бути звільнені за амністією чи за актом помилування лише після фактичного відбуття ними частини строку покарання, встановленої в ч. 3 ст. 81 КК.

Таким чином, звільнення особи від відбування покарання за амністією чи за актом помилування є *безумовним* і *остаточним* і може бути як *повним*, так й *частковим*. Тому, звільняючи особу за амністією від усього чи частини строку основного покарання, суд *на свій розсуд* вирішує питання про її звільнення і від додаткового покарання, бо, як зазначив Верховний Суд, «...застосування чи незастосування амністії до додаткового покарання є правом, а не обов'язком суду, реалізація якого належить до його дискреційних повноважень»²⁸.

При застосуванні *індивідуальної* амністії, яка застосовується щодо конкретної особи, не виключається і можливість заміни призначеного такій особі більш суворого виду основного покарання (чи частини його строку)

²⁷ Там само.

²⁸ Постанова Верховного Суду від 17.05.2018 р. у справі № 492/884/16-к (провадження № 51-1919 км 18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74265706>.

таким більш м'яким видом основного покарання як позбавлення права, але лише за наявності підстави застосування останнього, встановленої у ст. 55 КК²⁹.

Згідно з ч. 2 ст. 98 КК до *неповнолітніх* позбавлення права може бути застосоване лише як *додаткове* покарання у тих його межах, які встановлені в ч. 1 ст. 55 КК.

Порядок та умови *виконання* позбавлення права врегульовані ст.ст. 30–35 КВК.

Ухилення від позбавлення права, призначеного як основне чи додаткове покарання, яке полягає у невиконанні засудженим обов'язків, передбачених ст. 34 КВК, є крим. правопорушенням проти правосуддя і тягне за собою відповідальність за ч. 1 ст. 389 КК.

Умови *погашення судимості* при засудженні до позбавлення права як основного чи додаткового покарання, встановлені в ст. 89 КК, згідно з якою:

1) якщо при звільненні особи від відбування основного покарання з випробуванням (ст.ст. 75, 79, 104 КК) строк призначеного до реального відбування додаткового покарання у виді позбавлення права перевищує тривалість іспитового строку, – судимість погашається з дня відбуття цього додаткового покарання (п.п. 1 і 2 ст. 89 КК);

2) якщо позбавлення права як основне чи додаткове покарання призначено за вчинення *крим. проступку*, – судимість погашається з дня відбуття цього покарання (п. 2¹ ст. 89 КК);

3) якщо позбавлення права як основне покарання призначено за вчинення *злочину*, – судимість погашається через *один рік* з дня відбуття цього покарання (п. 5 ст. 89 КК);

г) якщо позбавлення права призначено як додаткове покарання, то воно не впливає на тривалість строків погашення судимості. У випадках, якщо це додаткове покарання перевищує строк основного покарання (напр.,

²⁹ Стаття 2 ЗУ № 392/96-ВР від 01.10.1996 р. «Про застосування амністії в Україні».

виправних робіт) чи відбувається після відбуття основного покарання (напр., позбавлення волі), – перебіг строку погашення судимості обчислюється з дня відбуття цього додаткового покарання.

Рекомендована література

1. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, В. І. Борисов та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна, В. І. Борисова. 6-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2020. С. 393–406, 407–452, 453–501.
2. Горох О. П. Умовно-дострокове звільнення від відбування додаткового покарання: теоретичні та прикладні проблеми. *Наука і правоохорона*. 2014. № 2(24). С. 162–167.
3. Євдокімова О. В. Чергові «новели» кримінального законодавства. *Юрид. наук. електронний журнал*. 2015. № 5. С. 181–183. URL: http://www.lsej.org.ua/5_2015/5_2015.pdf#page=181.
4. Загинець З. А. Суб'єкт ухилення від відбування покарання, не пов'язаного з позбавлення волі: окремі проблемні питання. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки*. 2018. Вип. 7. С. 163–173.
5. Кочуріна Д. В. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як оптимальний вид покарання за необережні злочини. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 3. С. 180–184.
6. Пономаренко Ю. А. Види наказаний по уголовному праву Украины. Харьков: Изд-во «ФИНН», 2009. 344 с.
7. Титаренко С. С. Аналіз санкцій статей 205-1, 206, 206-2 КК України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка*. 2017. № 4 (80) С. 119–127.
8. Тютюгін В. И. Лишение права занимать определенные должности как вид наказания по советскому уголовному праву. Харьков: «Вища школа», изд-во при Харьк. ун- те. 1982. 145 с.

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.257856>

В. І. Тютюгін,
канд. юрид. наук, проф., заслужений
юрист України, професор кафедри
кримінального права № 1
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

КОНФІСКАЦІЯ МАЙНА ЯК ВИД ПОКАРАННЯ¹

Цією лекцією продовжуємо цикл лекцій, присвячених аналізу окремих видів покарань, які входять в їх систему за кримінальним правом України, вичерпний перелік яких наведено в ст. 51 КК.

Відповідно до ч. 4 ст. 41 Конституції України «право приватної власності є непорушним». Водночас у ч. 6 цієї статті Конституції вказується на можливість застосування конфіскації майна, але «... виключно за рішенням суду і тільки у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом». Саме про такі випадки і йдеться в п. 7 ст. 51, ч. 2 ст. 52 та ст. 59 КК, згідно з якими одним із видів додаткових покарань є *конфіскацію майна*. Достатньо широко конфіскація майна представлена і у статтях Особливої частини КК, у якій вона передбачена у 121 санкції².

Поняття конфіскації майна. Згідно з ч. 1 ст. 50 КК будь-яке покарання є заходом державного примусу, який полягає у передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого. До таких заходів належить і конфіскація майна (далі – конфіскація), яка обмежує майнові права особи, бо відповідно до ч. 1 ст. 59 КК полягає в *примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого*.

1. З наведеного законодавчого визначення випливає, що *предметом конфіскації* виступає не будь-яке, а лише таке майно, яке належить засудженому на праві власності, тобто набуте ним у власність із законних підстав. Згідно з ч. 1 ст. 49 КВК конфіскації підлягає також і частка майна

¹ Лекція з навчальної дисципліни «Кримінальне право України. Загальна частина» для студентів II курсу першого (бакалаврського) рівня вищої освіти.

² Кількість санкцій наведено за КК України станом на 01.04.2022 р.

у спільній власності, статутному фонді суб'єктів господарської діяльності, гроші, цінні папери та інші цінності, включаючи ті, що знаходяться на рахунках і на вкладах чи на зберіганні у фінансових установах, а також майно, передане засудженим у довірче управління.

2. У той же час відповідно до ч. 2 ст. 49 КВК не підлягає конфіскації майно, яке хоча і належить засудженому на правах приватної власності чи є його часткою у спільній власності, але є *необхідним* для засудженого та осіб, які перебувають на його утриманні. Перелік такого майна, на яке не може бути звернено стягнення за виконавчими документами, визначається законом і передбачений у Додатку до Закону України № 1404-VIII від 02.06.2016 р. «Про виконавче провадження»³.

3. Зі змісту ч. 1 ст. 59 КК також випливає, що конфіскація як вид покарання: а) застосовується у *примусовому порядку* (незалежно від бажання винного); б) здійснюється *безоплатно* – без будь-якої компенсації за вилучене майно; в) призначається тільки обвинувальним *вироком суду*; в) конфісковане майно передається не потерпілому від крим. правопорушення, а переходить у *власність держави*.

4. Залежно від обсягу (розміру) тих майнових правообмежень, яким може бути піддана особа, якій призначена конфіскація, закон (ч. 1 ст. 59 КК) виділяє *два* види конфіскації: а) повну і б) часткову. У разі *повної* конфіскації у засудженого вилучається і переходить у власність держави *все належне йому майно* (за винятком того, яке не підлягає конфіскації). У разі *часткової* конфіскації суд повинен зазначити у вирокі, яка саме частина майна конфіскується (напр., 1/2 чи 1/4), або перелічити предмети, що конфіскуються, із зазначенням в останньому випадку їх індивідуально визначених ознак (найменування, марка, модель, серія, номер, рік виготовлення, ступінь зносу тощо). Заміна конфіскації майна оплатою його вартості законом не передбачена.

³ Голос України від 05.07.2016 р. № 122–123.

Підстава призначення конфіскації – це встановлені (визначені) в ст. 59 КК певні умови (вимоги, чинники) об'єктивного та суб'єктивного характеру, за наявності і з обов'язковим дотриманням яких суд має право призначити це покарання. Аналіз ч. 2 ст. 59 Загальної частини КК та статей Особливої частини КК, в санкціях яких передбачена конфіскація, свідчить, що при встановленні *підстави* призначення цього покарання, закон враховує такі чинники, як: 1) вчинення особою тільки злочину, бо за вчинення кримінального проступку (далі – крим. проступок) конфіскація не застосовується⁴; 2) ступінь тяжкості вчиненого особою злочину; 3) особливості його суб'єктивної сторони; 4) спрямованість злочину на заподіяння шкоди певним суспільним відносинам.

1. Виходячи з цих чинників, у ч. 2 ст. 59 КК зазначено, що конфіскація майна встановлюється в санкціях статей Особливої частини КК лише за такі *три групи злочинів*:

1) перша група – *тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини* (напр., передбачені у ч.ч. 5 ст.ст. 185, 186, 191 КК). Звідси випливає, що, ці злочини: а) можуть бути вчинені у будь-якій сфері суспільних відносин (напр., у сфері господарської, службової діяльності, обігу наркотичних засобів тощо); б) за ступенем їх тяжкості мають бути тільки або *тяжкими* (ч. 5 ст. 12 КК), або *особливо тяжкими*, (ч. 6 ст. 12 КК); в) повинні бути тільки *корисливими*, тобто такими, внаслідок вчинення яких винний, як зазначає Верховний Суд, прагнув (бажав) незаконно одержати матеріальні блага для себе чи інших осіб, набути або зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків або досягти іншої матеріальної вигоди⁵;

2) друга група – злочини проти *основ національної безпеки України*, тобто передбачені у розділі I Особливої частини КК, за які конфіскація

⁴ Саме тому вважаємо помилковим рішення законодавця, який в санкції ч. 2 ст. 111¹ КК передбачив конфіскацію майна за вчинення крим. проступку, що суперечить приписам ч. 2 ст. 59 Загальної частини КК, яка при розв'язанні цієї колізії, безумовно, має пріоритет.

⁵ Постанова Верховного Суду від 07.11.2018 р. у справі №418/689/16-к (провадження № 51–6610км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77720745>.

встановлюється незалежно від ступеня їх тяжкості та тих мотивів, якими керувався винний під час їх вчинення (напр., ч.ч. 1–3 ст. 109, ст.ст. 112–114 КК);

3) третя група – злочини проти *громадської безпеки*, тобто передбачені у розділі IX Особливої частини КК, за які конфіскація встановлюється незалежно від ступеня їх тяжкості та тих мотивів, якими керувався винний під час їх вчинення (напр., ч.ч. 1–5 ст. 255, ч.ч. 1–3 ст. 258 КК).

Таким чином, вчинення особою будь-якого з цих трьох груп злочинів і є *підставою* призначення конфіскації майна, якщо за їх вчинення остання передбачена у відповідній санкції статті Особливої частини КК.

2. Аналіз цих статей Особливої частини КК свідчить також, що всі вони без винятку встановлюють відповідальність за злочини, які можуть бути вчинені за наявності лише *прямого умислу*. Отже, можна констатувати, що на теперішній час одним із чинників підстави застосування конфіскації виступає і характер суб'єктивної сторони тих злочинів, за які вона може бути призначена, – усі вони вчиняються з прямим умислом, а деякі з них – ще і за наявності корисливих мотивів.

3. У кожному конкретному випадку призначення конфіскації, спираючись на підставу її застосування, визначену у ч. 2 ст. 59 КК, слід однак ураховувати, що згідно зі ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції з прав людини і основоположних свобод, кожна фізична чи юридична особа має право на повагу до своєї власності. Тому ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше, як в інтересах суспільства та на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Як відмічає Верховний Суд, відповідно до усталеної практики ЄСПЛ застосування конфіскації майна в конкретному випадку буде відповідати вимогам ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції «... не просто за умови, якщо така конфіскація формально ґрунтується на вимогах національного закону, а й за умови, що така законна конфіскація у даній конкретній ситуації не порушує

«справедливу рівновагу між вимогами загального інтересу і захисту фундаментальних прав осіб»⁶.

Порядок призначення конфіскації – це встановлені у ст.ст. 51, 52, 59, 65–73 Загальної частини КК, а також у санкціях статей Особливої частини КК певні *правила*, якими має керуватися і яких повинен дотримуватися суд у кожному випадку призначення цього покарання.

1. Відповідно до ч. 2 ст. 52 КК конфіскація є виключно *додатковим* покаранням, яке завжди приєднується на додаток до основного покарання і не може бути застосована самостійно – без приєднання до останнього.

2. Згідно з ч. 2 ст. 59 КК конфіскація може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині КК, тобто належить до додаткових покарань, яке може бути призначено судом лише за умови, якщо воно *безпосередньо передбачене в санкції* статті Особливої частини КК, за якою засуджується винний. Як підкреслює Верховний Суд, відсутність конфіскації у відповідній санкції *виключає* можливість її призначення⁷.

3. Із 121 санкції статей Особливої частини КК, які містять конфіскацію, у 72-х із них вона передбачена як *обов'язкове* до призначення додаткове покарання (напр., ч. 1 ст. 109, ч. 2 ст. 115, ч. 3 ст. 199, ч. 4 ст. 368 КК), а у 49-ти – як *факультативне* (напр., ч. 1 ст. 111, ч. 3 ст. 149, ч. 1 ст. 258, ч. 2 ст. 369 КК). Обов'язковість її призначення закріплюється шляхом вказівки в санкції на те, що вчинене діяння карається «... з конфіскацією майна», а факультативність – вказівкою, що діяння карається «... з конфіскацією майна або без такої». З наведеного випливає, що при вирішенні питання про застосування цього додаткового покарання суд повинен керуватися таким правилами:

1) якщо конфіскація передбачена в санкції як *обов'язкова*, то, за загальним правилом, суд *зобов'язаний* (повинен) її призначити, бо питання

⁶ Постанова Верховного Суду від 28.04.2020 р. у справі № 133/2968/18 провадження № 51-5223км19. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/89006210>.

⁷ Практика судів України з кримінальних справ (2014–2015) / [уклад. В. І. Тютюгін]; за заг. ред. В. Я. Тація. Харків: Право, 2016. С. 129–131.

про необхідність і доцільність її застосування у таких санкціях вирішено вже самим законодавцем. Але закон встановлює і виняток із цього загального правила, який передбачений у ч. 2 ст. 69 КК, згідно з якою суд *має право* відмовитися від призначення додаткового покарання, яке передбачене в санкції статті Особливої частини КК як обов'язкове, за наявності підстав, передбачених у ч. 1 ст. 69 КК⁸. Приймаючи таке рішення, суд повинен мотивувати його у вирокі і послатися на ч. 2 ст. 69 КК⁹. Тому непризначення обов'язкової конфіскації за відсутності підстав застосування ч. 2 ст. 69 КК і без посилання на цю норму є, як визнав Верховний Суд, неправильним застосуванням кримінального закону¹⁰;

2) слід однак урахувувати, що у деяких випадках конфіскація *не може бути призначена* судом навіть тоді, коли в санкції статті Особливої частини КК вона передбачена як обов'язкове додаткове покарання, а підстави для застосування ч. 2 ст. 69 КК у справі відсутні. Така ситуація можлива за умови, коли вчинений особою злочин хоча і належить до тяжких (ч. 5 ст. 12 КК) чи особливо тяжких (ч. 6 ст. 12 КК), але вчиняється за відсутності корисливих спонукань, бо вчиняється з інших мотивів. У таких випадках призначення конфіскації виключається, незважаючи на те, що вона передбачена в санкції як обов'язкова, оскільки відсутня один з обов'язкових чинників підстави її застосування – *корисливий* характер вчиненого злочину. На дотримання судами цієї вимоги неодноразова звертав увагу Верховний Суд, підкреслюючи, що положення ч. 2 ст. 59 Загальної частини КК, які встановлюють підставу призначення конфіскації майна, повинні мати

⁸ Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» (п.8). *Вісник ВСУ*. 2003. № 6. С. 15; Постанова Верховного Суду від 17.09.2020 р. у справі №739/1140/18 (провадження № 51-1858 км 20). URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=91702621&red=1000035027f58e63f5e51d5b9b127d3f06d511&d=5>.

⁹ Проте, слід урахувувати, що відповідно до тієї ж самої ч. 2 ст. 69 КК суд не може не призначити (повинен призначити) обов'язкове додаткове покарання у випадках засудження за крим. правопорушення, за яке в санкції передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад 3 тис. н.м.д.г.

¹⁰ Постанова Верховного Суду від 27.11.2018 р. у справі № 520/12400/13-к (провадження № 51-2943км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78268041>.

пріоритет (перевагу) у застосуванні перед нормами (санкціями статей) Особливої частини КК¹¹;

3) виключається призначення конфіскації і у випадках, коли на підставі ст.ст. 75 або 79 КК особа звільняється від відбування основного покарання з випробуванням. Спираючись на положення закону, Верховний Суд неодноразово роз'яснював, що в ст. 77 КК «...передбачено вичерпний перелік додаткових покарань, що можуть бути призначені у такому випадку, серед яких конфіскація майна відсутня» і тому вона не може бути призначена, незважаючи на те, що передбачена в санкції як обов'язкове додаткове покарання¹²;

4) не може бути застосована конфіскація і до особи, яка хоча і вчинила злочин, передбачений в ч. 2 ст. 59 КК, але у *неповнолітньому віці*, бо у ч. 2 ст. 98 КК наведено *вичерпний* перелік тих додаткових покарань, які можуть бути застосовані до неповнолітніх, серед яких відсутня конфіскація майна. Тому незважаючи на те, що конфіскація передбачена в санкції як обов'язкове або факультативне додаткове покарання, вона «... не може бути призначена особі, що вчинила злочин у віці до 18 років, навіть у тому разі, коли на час розгляду справи судом вона досягла повноліття»¹³. Таким чином, питання про незастосування конфіскації вирішується судом у цих випадках, виходячи з того віку особи, в якому вона перебувала на момент вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 59 КК, а не з того, якого вона досягла на час постановлення вироку¹⁴.

¹¹ Практика судів України з кримінальних справ (2009–2011). Вид. 2-е, доповн. / Укладач В. І. Тютюгін; За заг. ред.. В. Я. Тація. Харків: Одиссей, 2012. С. 111–117; Постанови Верховного Суду: від 20.02.2018 р. у справі № 154/2423/16 (провадження № 51-54км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72378219>; від 07.11.2018 р. у справі № 418/689/16-к (провадження № 51-6610км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77720745>; від 10.09.2020 р. у справі № 195/122/16-к (провадження № 51-2101км20). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91571986>.

¹² Вісник ВСУ. 2003. № 6. С. 17–18; Ухвала Верховного Суду від 16.08.2018 р. у справі № 183/163/14 (провадження № 51-3549 км 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76054009>.

¹³ Вісник ВСУ. 2003. № 6. С. 17–18.

¹⁴ Постанова Верховного Суду від 17.12.2019 р. у справі № 465/5005/15-к (провадження № 51-1230 км19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86505822>.

4. Відповідно до роз'яснень Верховного Суду, при вирішенні питання про призначення конфіскації «суди повинні враховувати, що невиявлення у винного майна на час розгляду справи само по собі не є підставою незастосування конфіскації майна, оскільки майно, яке підлягає конфіскації, може бути виявлено при виконанні вироку»¹⁵.

5. За сукупністю злочинів конфіскація може бути призначена як за один із них, так і за декілька. У цих випадках суд повинен керуватися правилами, закріпленими в ст. 70 і ч. 4 ст. 72 КК, а саме:

1) якщо конфіскація призначена лише за один зі злочинів, що входять до сукупності, то згідно з ч. 3 ст. 70 КК вона приєднується на додаток до основного покарання, остаточно визначеного за сукупністю злочинів;

2) якщо конфіскація призначається за декілька окремих злочинів, то порядок визначення остаточної її міри за сукупністю залежить від того, повна або часткова конфіскація була призначена за ці злочини:

а) якщо за обидва злочини призначена *повна* конфіскація, то саме в такому розмірі (обсязі, межах) вона і приєднується на додаток до основного покарання (тобто повна конфіскація, призначена за одним зі злочинів, поглинає собою конфіскацію, призначену у такому ж самому обсязі за інший злочин;

б) якщо за один зі злочинів призначена *часткова*, а за інший *повна* конфіскація, то остання *поглинає* собою часткову і саме у такому обсязі приєднується на додаток до основного покарання, остаточно визначеного за сукупністю;

в) якщо і за один, і за інший злочини призначена лише *часткова* конфіскація, то ці її різновиди можуть бути *повністю* або *частково* об'єднані (складені) між собою, але в обсязі не більше, ніж повна конфіскація, яка і приєднується на додаток до остаточного основного покарання;

¹⁵ Вісник ВСУ. 2000. № 3. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0029700-00#Text>.

3) якщо за один зі злочинів призначена конфіскація, а за інший – додаткове покарання іншого виду (напр., штраф або позбавлення права), то ці різновидні додаткові покарання приєднується на додаток до основного покарання, остаточно визначеного за сукупністю злочинів, і кожне з цих додаткових покарань згідно з ч. 4 ст. 72 *виконується самостійно*.

6. За сукупністю вироків конфіскація може бути призначена або тільки за попереднім, або лише за знову ухваленим вирок, або за обома цими výroками. У таких випадках суд повинен керуватися правилами, закріпленими в ст. 71 і ч. 4 ст. 72 КК, а саме:

1) якщо конфіскація призначена тільки за попереднім вирок і до моменту постановлення нового вироку ще не була виконана (повністю або частково), то згідно з ч. 3 ст. 71 КК невідбута її частина приєднується на додаток до основного покарання, остаточно визначеного за сукупністю вироків. У такому ж порядку конфіскація приєднується на додаток до основного покарання, остаточно визначеного за сукупністю вироків, якщо її було призначено лише за знову постановленим (новим) вирок;

2) якщо конфіскація призначена за обома výroками (раніше і знову постановленому) і за попереднім вирок ще не було виконана (повністю або частково), то остаточно її міра залежить від її обсягу (повна вона або часткова) за попереднім і за новим výroками:

а) якщо за одним із вироків конфіскація є *частковою*, а за іншим *повною*, то остання поглинає собою часткову конфіскацію і саме у такому обсязі приєднується на додаток до основного покарання, остаточно визначеного за сукупністю вироків;

б) якщо за обома výroками призначена *повна* конфіскація, то саме в такому обсязі вона і приєднується на додаток до основного покарання (тобто повною конфіскацією, призначеною за одним з вироків, суд «вимушений» поглинути таку саму за обсягом конфіскацію, призначену за іншим вирок);

3) якщо за одним із вироків призначена конфіскація, а за іншим – додаткове покарання іншого виду (напр., штраф або позбавлення права), то ці різновидні додаткові покарань приєднується на додаток до остаточно визначеного за сукупністю вироків основного покарання і кожне з цих додаткових покарань згідно з ч. 4 ст. 72 *виконується самостійно*.

7. Згідно з ч. 2 ст. 98 КК конфіскація не може бути застосована до особи, яка хоча і вчинила злочин, передбачений ч. 2 ст. 59 КК, але у неповнолітньому віці. Ця заборона стосується і тих осіб, які вчинили злочин, передбачений ч. 2 ст. 59 КК, у неповнолітньому віці, але на момент постановлення вироку досягли повноліття. Інших обмежень у застосуванні конфіскації стосовно осіб, які вчинили такі злочини, закон не встановлює.

8. Чинники, які складають підставу застосування конфіскації, характер злочинів, за які вона передбачена в санкціях статей Особливої частині КК, а також закріплений у ст. 48 КВК порядок її виконання, свідчать, що конфіскація належить до так званих **загальних** (універсальних) видів покарань, бо може бути застосована до будь-якої особи, яка у повнолітньому віці вчинила злочин, передбачений в ч. 2 ст. 59 КК. Конфіскація є також **безстроковим (одноактним)** видом покарання, бо хоча залежно від обсягу тих майнових правообмежень, яким може бути піддана засуджена до неї особа, в ч. 1 ст. 59 КК і встановлені певні її розміри (повна або часткова), але ні в законі, ні у вирокі суду не визначаються якісь часові (мінімальні та максимальні) межі її виконання.

9. Підводячи підсумок, можна визначити, що *конфіскація майна – це додатковий, загальний (універсальний) і безстроковий (одноактний) вид покарання, яке обмежує майнові права засудженого і яке суд повинен (зобов'язаний) або може (має право) призначити на додаток до основного покарання за умови, якщо це покарання безпосередньо передбачено в санкції статті Особливої частини КК за вчинення особою, що досягла 18-ти років, злочину, передбаченого в ч. 2 ст. 59 КК.*

Звільнення від конфіскації майна. Оскільки конфіскація належить до додаткових і одноактних видів покарань, то умовно-дострокове звільнення від її виконання чи заміна частково не виконаної конфіскації виключається.

1. За ч. 2 ст. 74 КК особа, засуджена до основного покарання і такого додаткового, як конфіскація, за діяння, караність якого законом усунена, підлягає звільненню від призначеного судом покарання. У цих випадках, якщо конфіскацію ще не було виконано, особа звільняється від неї. Якщо ж до моменту набрання чинності законом, який усуває караність вчиненого діяння, конфіскацію було вже виконано і повернення вилученого майна у натуральному вигляді неможливо, особа повинна одержати грошову компенсація за нього. В аналогічному порядку вирішується питання про звільнення від конфіскації і за ч. 3 ст. 74 КК, коли призначена засудженому за раніше чинним законом конфіскація не передбачена в санкції знову прийнятого закону.

2. За ст. 80 КК особа *остаточно* і *безумовно* звільняється від конфіскації якщо з дня набрання чинності обвинувальним вироком її не було виконано протягом строків, встановлених у п.п. 1–5 ч. 1 ст. 80 КК і перебіг строків даності не зупинявся (ч. 3 ст. 80 КК) та не переривався (ч. 4 ст. 80 КК). При цьому конфіскація не впливає на тривалість строків давності, бо згідно з ч. 2 ст. 80 КК вони визначаються основним покаранням, призначеним вироком суду.

3. Згідно зі ст. 85 КК на підставі закону про амністію або акта про помилування засуджений (за винятком тих, до яких амністія не застосовується) може бути *повністю* або *частково* звільнений від основного і *додаткового* покарань. У той же час, згідно зі ст. 6 ЗУ № 392/96-ВР від 01.10.1996 р. «Про застосування амністії в Україні»¹⁶ особи, на яких поширюється дія закону про амністію, можуть бути звільнені від відбування як основного, так і додаткового покарання, призначеного судом, «... крім

¹⁶ ВВР України. 1996. 48. Ст. 263.

конфіскації майна, в частині вироку, яка не була виконана на день набрання чинності законом про амністію»¹⁷. Таким чином, закон виключає звільнення за амністією від конфіскації майна.

4. Що стосується звільнення від конфіскації за актом помилування, то у ст. 2 «Положення про порядок здійснення помилування»¹⁸ відсутні які-небудь обмеження стосовно цього виду покарання і лише у загальній формі зазначено, що помилування може здійснюватися у виді *повного* або *часткового* звільнення від основного і *додаткового* покарань. Таким чином, актом про помилування не виключається можливість звільнення особи і від конфіскації майна.

5. Порядок та умови **виконання** конфіскації майна встановлені у ст.ст. 48, 49 КВК.

6. Тривалість строків **погашення судимості** у особи, засудженої до основного і такого додаткового покарання як конфіскація майна, залежить від виду відбутого нею основного покарання і ступеня тяжкості вчиненого крим. правопорушення, але обчислюються ці строки з дня виконання (відбуття) особою як основного, так й додаткового покарання (ст. 89 КК). Якщо конфіскація повністю або частково виконувалася після відбуття засудженим основного покарання, то до моменту її повного виконання особа вважається такою, що має судимість.

7. Вчинення особою незаконних дій щодо конфіскованого майна (розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення або інші незаконні дії з майном) є злочином проти правосуддя і тягнуть за собою відповідальність за ч. 2 ст. 388 КК.

8. Від конфіскації майна як виду покарання (п. 7 ст. 51, ст. 59 КК) слід відрізнити **спец. конфіскацію**, яка застосовується на підставі ст.ст. 96¹ і 96² КК, за такими ознаками:

¹⁷ ВВР України. 1996. № 48. Ст. 263.

¹⁸ Затверджено Указом Президента України № 223/2015 від 21.04.2015 р. (зі змінами на 20.08.2021 р.).

1) конфіскація майна є *видом додаткового покарання* і саме у такій якості передбачена в п. 7 ст. 51, ч. 2 ст. 52 та ст. 59 КК, тоді як спец. конфіскація не є покаранням, а належить до *інших заходів кримінально-правового характеру* і тому встановлена у ст. 96¹ КК розділу XIV Загальної частини КК;

2) конфіскації як покаранню (ст. 59 КК) підлягає лише таке майно, що є *власністю засудженого*, тобто набуде ним у власність на законних підставах, тоді як спец. конфіскація (ст. 96¹ КК) може застосовуватися і щодо *майна, яке перебуває в особі без достатніх правових підстав або належить третім особам*;

3) конфіскація як покарання призначається виключно у разі притягнення особою до крим. відповідальності і засудження *за вчинення злочину* (ч. 2 ст. 59 КК), тоді як спец. конфіскація може застосовуватись і за суспільно небезпечне діяння, яке *не є злочином*, а також у випадках, коли особа *не підлягає крим. відповідальності чи звільняється від неї* (ч. 3 ст. 96² КК);

4) конфіскація як покарання призначається тільки за *три* групи злочинів, передбачені в ч. 2 ст. 59 КК, тоді як спец. конфіскація може застосовуватись і за вчинення інших крим. правопорушень, перелік та ознаки яких наведені у ч. 1 ст. 96¹ КК;

5) конфіскація (ст. 59 КК) призначається лише у випадках, коли це додаткове покарання *безпосередньо передбачене в санкції* статті Особливої частини КК (ч. 2 ст. 59 КК), тоді як спец. конфіскація застосовується на підставі і у випадках, встановлених у ст.ст. 96¹ і 96² КК, тобто за *нормами Загальної частини КК*;

6) конфіскація (ст. 59 КК) передбачена в санкціях статей Особливої частини КК або як *обов'язкове*, або як *факультативне* до призначення додаткового покарання, тоді як спец. конфіскація у санкціях статей Особливої частини КК, як правило, не передбачена, але суд *зобов'язаний* її застосувати

у випадках, зазначених у ст. 96² КК. Слід, однак, обмовитися, що на теперішній час спец. конфіскація передбачена і в семи санкціях двох статей Особливої частини КК (ч.ч. 1–3 ст. 204, ч.ч. 1–4 ст. 299 КК);

7) конфіскація як покарання може бути призначена лише обвинувальним *вироком суду*, тоді як спец. конфіскація може застосовуватись і за відповідною *ухвалою суду* (ч.ч. 2 і 3 ст. 96¹ КК).

Рекомендована література

1. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, В. І. Борисов та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна, В. І. Борисова. 6-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2020. С. 393–390, 407–452, 453–501.

2. Богатирьов І. Г. Конфіскація майна – за і проти. *Вісник Луганського держ. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка*. 2015. № 3. С. 38–44.

3. Бурда С. Я. Юридичний аналіз покарання у виді конфіскації майна як додаткового покарання за КК України. *Наук. вісник Львівського держ. ун-ту внутр. справ. Серія юридична*. 2012. № 1. С. 260–268.

4. Поляков В. М. Конфіскація в законодавстві країн Романо-германської правової системи. *Наук. вісник Херсонського держ. ун-ту*. Вип. 1. Том 4. 2015. С. 41–46.

5. Пономаренко Ю. А. Види наказаний по уголовному праву Украины. Харьков: Изд-во «ФИНН», 2009. 344 с.

6. Соловій Я. І., Гуцуляк М. Я. Теоретико-правова регламентація та практика застосування покарання у виді конфіскації майна. *Наук.-інформац. вісник*. 2015. № 11. С. 72–180.

7. Шаблистий В. В. Конфіскація та спеціальна конфіскація як можливий наслідок вчинення корупційного правопорушення. *Наук. вісник Дніпропетровського держ. ун-ту внутр. справ*. 2018. № 1. С. 130–138.

DOI: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2022.17.257291>

В. І. Борисов,
докт. юрид. наук, проф., професор
кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного
університету імені Ярослава
Мудрого

**КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ:
ОБ'ЄКТ, ПРЕДМЕТ ТА ВИДИ. ХАРАКТЕРИСТИКА НЕЗАКОННИХ
КОРИСЛИВИХ ДІЯНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАВОЛОДІННЯМ І (АБО)
ОБЕРНЕННЯМ ЧУЖОГО МАЙНА¹**

1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти власності, їх поширеність.
2. Родовий об'єкт, предмет та види кримінальних правопорушень проти власності.
3. Характеристика незаконних корисливих діянь, пов'язаних із заволодінням і (або) оберненням чужого майна. Ознаки майна.

1. Загальна характеристика кримінальних правопорушень проти власності, їх поширеність

Кожному суспільному устрою відповідають певні відносини власності, в розвитку і збереженні яких зацікавлене суспільство.

Відповідно до ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю... (абз. 1). Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності (абз. 4). У статтях 316, 317 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) також зазначено, що право власності є правом власника на володіння, користування та розпорядження своїм майном. Суб'єктами такого права, як зазначено в статтях 324–327 ЦК України, є: народ України, фізичні та юридичні особи, держава, територіальні громади.

Для реалізації суб'єктами права власності в суспільстві встановлені відносини власності, що забезпечуються (регулюються та охороняються)

¹ Лекція з навчальної дисципліни «Кримінальне право України. Особлива частина» для студентів III курсу першого (бакалаврського) рівня вищої освіти.

законодавством, у тому числі кримінальним, зокрема нормами, що містяться в статтях розділу VI «Кримінальні правопорушення проти власності» Особливої частини Кримінального кодексу України 2001 р. (далі – КК).

Небезпечність кримінальних правопорушень проти власності, важливість її охорони кримінально-правовими засобами визначається тим, що власність є найважливішою соціальною цінністю: нормальне функціонування відносин власності забезпечує стабільність усієї економічної системи, підвищення рівня добробуту народу².

Поширеність

Показники вчинення кримінальних правопорушень проти власності (розд. IV Особл. ч. КК 2001 р.) за період з 2015 р. по теперішній час.

Рік	Обліковано кримінальних правопорушень (% від загальної кількості)	Повідомлено особам про підозру	Засуджено осіб (% від загальної кількості)
2015	362213 (64,0%)	100017	50 830 (53,6%)
2016	405549 (68,4%)	90075	42 263 (55,4%)
2017	336910 (64,3%)	66645	41 686 (54,2%)
2018	303850 (62,4%)	106413	40 620 (55,1%)
2019	257608 (58,0%)	90441	38 607 (54,9%)
2020	190258 (52,7%)	82321	34760 (51,4 %)
2021	158729 (49,4%)	81985	30250 (47,2%)

2. Родовий об'єкт, предмет та види кримінальних правопорушень проти власності

Родовим об'єктом кримінальних правопорушень, відповідальність за які передбачена нормами розділу VI Особливої частини КК, є суспільні

² Кримінальне право України: Особлива частина: підручник/ В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-ге вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2020. 768 с. (розділ VII «Кримінальні правопорушення проти власності», автори: М. І. Панов, Ю. П. Дзюба. 186–225 с.). С. 186 (далі – Зазначен. підручник, Харків: Право, 2020).

відносин власності, охорона яких забезпечується законодавством про кримінальну відповідальність³.

Предметом цих кримінальних правопорушень є *чуже майно*. Автори проєкту нового КК іменують такий предмет цих правопорушень через термін «чужа річ» (п. 2 ст. 7.1.1)⁴. Також за чинним КК предметом правопорушень може бути «право на майно» та «дії майнового характеру». Що стосується останніх різновидів предмету, то в Проєкті КК перший з них визначено як «право на чужу рухому чи нерухому річ» (ст. 7.1.5), з чим можна погодитися, а от щодо другого різновиду, то в Проєкті КК він не виділений як можливий предмет привласнення (див. ст. 7.1.5).

Чуже майно може бути приватним, державним, комунальним⁵.

Види. Всі кримінальні правопорушення, що передбачені розділом VI КК, можна розбити на дві групи.

1) Корисливі кримінальні правопорушення проти власності, що зі свого боку поділяються на:

а) *незаконні корисливі діяння проти власності, пов'язані із заволодінням і (або) оберненням чужого майна на користь винного або інших осіб* (ст. ст. 185–187, 189–191 КК);

б) *незаконні корисливі діяння проти власності, не пов'язані із заволодінням і (або) оберненням чужого майна на користь винного або інших осіб* (ст. ст. 188¹, 192, 193 КК);

³ Автори Науково-практичного коментаря до КК України 2001 р. пишуть: «Родовим об'єктом злочинів, передбачених розділом VI Особливої частини КК, є врегульовані законом суспільні відносини власності, передусім відносини з приводу володіння, користування і розпорядження майном» (Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. К.: Каннон, 2001. С. 442. М. І. Панов та Ю. П. Дзюба визначають об'єкт цих злочинів так: Родовим об'єктом кримінальних правопорушень проти власності є суспільні відносини власності, що охороняються кримінальним законом, як *частина економічних відносин*, що становлять основу економічної системи держави. Юридичним вираженням відносин власності є право власності, яке відповідно до ст.ст. 316, 317 ЦК України є правом:власника на володіння, користування та розпорядження своїм майном за своєю волею незалежно від волі ін. осіб (далі – Зазначен. підручник, Харків: Право, 2020. С. 186).

⁴ Текст проєкту нового Кримінального кодексу України. Станом на 18.02.2022 р. Робоча група: Баулін Ю. В.(голова), Хавронюк М. І. (заст. голови), Бурдін В. М., Горох О. П., Гуторова Н. О., Навроцький В. О., Пономаренко Ю. А., Стрельцов Є. Л. *Новий кримінальний кодекс*: вебсайт. URL:<https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code> (далі – Проєкт КК).

⁵ Зазначен. підручник, Харків: Право, 2020. С. 186.

2) Некорисливі кримінальні правопорушення проти власності (ст. ст. 194, 194¹, 195–197, 197¹, 198 КК).

Норми статей чинного КК, що передбачають відповідальність за вчинення зазначених кримінальних правопорушень, є достатньо удосконаленою сталою нормативно-правовою системою, в основу якої покладені *характер діяння, способи їх вчинення, мотиви та мета*. Не випадково за час дії чинного КК, норми розділу VI Особливої частини практично не були піддані редакційним змінам, за невеликим винятком. Саме сталість цих норм, зміст яких витримав перевірку часом, є одним із вирішальних чинників їх ефективного правозастосування.

I. Корисливі кримінальні правопорушення проти власності

А) До *незаконних корисливих діянь проти власності, пов'язаних із заволодінням і (або) оберненням чужого майна на користь винного або інших осіб* належать кримінальні правопорушення, передбачені: ст. 185 КК «Крадіжка», ст. 186 КК «Грабіж», ст. 187 КК «Розбій», ст. 189 КК «Вимагання» ст. 190 КК «Шахрайство», ст. 191 КК «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем». Автори Проекту КК відмовилися від такої диференціації, обмежившись виділенням лише двох способів: «викрадення» (ст. 7.1.1) та «привласнення» (ст. 7.1.2). Викрадення сформульовано в Проекті КК так: вилучення чужої речі без дійсного та вільного волевиявлення її власника чи законного володільця, що спричинило йому пряму майнову шкоду (ст. 7.1.1). Водночас, що являє собою «привласнення» – не зазначили.

Характерними рисами кримінальних правопорушень цієї групи є наявність *корисливого мотиву та мети* – обернення чужого майна на свою користь або на користь іншої особи.

Б) *Незаконні корисливі діяння проти власності, які не пов'язані з незаконним заволодінням і (або) оберненням чужого майна на користь винного або інших осіб*. До цієї групи належать кримінальні правопорушення,

передбачені ст. 188¹ КК «Викрадення води, електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання», ст. 192 КК «Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою», ст. 193 КК «Незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї». Ці кримінальні правопорушення за мотивом їх вчинення подібні кримінальним правопорушенням першої групи.

II. Некорисливі кримінальні правопорушення проти власності

Вони включають діяння, що передбачені: ст. 194 КК «Умисне знищення або пошкодження майна», ст. 194¹ КК «Умисне пошкодження об'єктів електроенергетики», ст. 195 КК «Погроза знищення майна», ст. 196 КК «Необережне знищення або пошкодження майна», ст. 197 КК «Порушення обов'язків щодо охорони майна», ст. 197¹ КК «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво», ст. 198 КК «Придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного кримінально протиправним шляхом». Кримінальні правопорушення вказаної групи, як правило, вчиняються за відсутністю корисливих мотивів і мети заволодіння чужим майном на свою чи іншої особи користь.

3. Характеристика незаконних корисливих діянь, пов'язаних із заволодінням і (або) оберненням чужого майна. Ознаки майна

Мова йде про кримінальні правопорушення, що передбачені статтями 185–187, 189–191 КК.

1. **Безпосередніми об'єктами** цієї групи кримінальних правопорушень є та або інша форма відносин власності, на яку спрямоване конкретне посягання. Це – державна власність, власність територіальних громад (комунальна) або приватна власність.

Державна власність – це загальнодержавна (республіканська) власність.

Власність територіальних громад (комунальна власність) – це власність адміністративно-територіальних одиниць.

Приватна власність. Це, по-перше, власність, що виникає на підставі: добровільного об'єднання майна громадян і юридичних осіб для створення кооперативів, акціонерних товариств, інших господарських товариств і об'єднань; передачі державних підприємств в оренду; викупу колективами трудящих державного майна; перетворення державних підприємств в акціонерні й інші товариства; безоплатної передачі майна державного підприємства у власність трудового колективу; державних субсидій; пожертвувань організацій і громадян, інших цивільно-правових угод. Далі – *власність окремих громадян*, використання якої спрямовано на отримання суспільно-корисного результату або задоволення індивідуальних потреб (особи, сім'ї, окремих неформальних груп).

2. Предмет

На предмет цих кримінальних правопорушень зазначено в законі. Це – *чуже майно*, що повинно мати певні ознаки. Окрім того, для шахрайства предметом кримінального правопорушення може бути також «право на майно», а для вимагання ще й «дії майнового характеру».

Ознаки майна:

- 1) фізична;
- 2) економічна;
- 3) соціальна;
- 4) юридична⁶.

Фізична ознака. Майном може бути річ (або сукупність речей) матеріального світу, що має фізичні властивості. Автори Проекту КК також

⁶ На думку М. І. Панова та Ю. П. Дзюби таких ознак три: юридична, економічна, фізична. 1) юридична – право на майно належить певному власнику або особі, якій воно на законній підставі ввірено, знаходиться у її віддані чи під її охороною, для винного майно є чужим; 2) економічна – майно має становити матеріальну цінність, мати певну вартість. Іноді цю ознаку, зауважують автори, називають соціальною, оскільки вона означає, що у майно вкладена праця людини. Цінність, вартість майна саме і вимірюється цією працею; 3) фізична – це предмети, речі, які можна вилучити, привласнити, спожити, пошкодити, знищити тощо (Зазначен. підручник, Харків: Право, 2020. С. 186–187).

вказують, що «рiч» повинна являти «матерiальний свiт», але не стали пiдкреслювати, що вона (рiч) повинна мати також «фiзичнi властивостi». Доречним буде звернутися з приводу цiєї ознаки до судження вiдомого у минулому науковця I. Я. Фойницького, який зазначав, що майно повинно бути матерiальним, тiлесним предметом зовнiшнього свiту, займати яке-небудь мiсце у просторi та бути доступним нашiм зовнiшнiм почуттям⁷.

Предметом цих кримiнальних правопорушень не можуть бути iдeї, переконання. Не можуть розглядатися як кримiнальнi правопорушення з ознаками заволодiння чужим майном випадки незаконного використання рiзноманiтного роду послуг, благ, у т. ч. i матерiальних (наприклад, обманне користування на пiльгових умовах медичною допомогою, незаконне улаштування на таких умовах у пансiонат або iнтернат). Такi випадки слiдчi й суди iнодi квалiфiкують як шахрайство, що неправильно. Приклад: У. був визнаний винним у привласненi державного майна шляхом шахрайства. Роз'їжджаючи по мiстах країни, У. обманним шляхом домагався помiщення його в лiкарню для лiкування голови й хребта, зазначаючи водночас вигадане мiсце роботи i проживання. Загалом У. помiщався в рiзноманiтнi лiкарнi з тим самим дiагнозом 45 разiв, пробувши на «лiкуванні» 888 днiв. На його утримання були витраченi значнi державнi кошти. Суд цiлком обґрунтовано не визнав наявностi в його дiяннях складу шахрайства. Тут не здiйснювалося заволодiння яким-небудь предметом, лише мало мiсце незаконне одержання матерiальних благ.

Економiчна ознака. Майно, як предмет кримiнальних правопорушень, що розглядаються, повинно мати певну економiчну цiннiсть, вартiсну оцiнку. Автори Проекту КК цю ознаку визначили так: рiч повинна мати «мiнову або споживчу вартiсть» (ст. 7.1.1). Досить наочно визначив цю ознаку

⁷ Фойницкий И. Я. Курс уголовного права. Часть Особенная. Посягательства личные и имущественные. Изд. 4-е. С.-Петербург. 1901. С. 162.

І. Я. Фойницький, зазначивши, що тільки ті речі, які мають ціну, можуть бути викраденні⁸.

Якщо особа заволодіває явно малоцінним майном – немає кримінального правопорушення. Наприклад, привласнення відходів підприємства (деревної стружки, тирси ,що підготовлені для спрямування на смітєзвалище).

Труднощі виникають, коли предметом заволодіння є рідкісні предмети, що мають історичну, літературну цінність (наприклад, листи письменників, фотографії історичних осіб, автографи, інші подібні предмети, що, приміром, розміщені на стендах музею). Так, наприклад, не виникнуло сумнівів при кваліфікації діяння як крадіжка, коли злочинець вкрав із краєзнавчого музею унікальні *золоті прикраси – сарматські фалери*, виготовлені дві тисячі років тому. Викрадач переплавив їх у золоті злитки. Згідно з прийнятою судом оцінкою експертів, з урахуванням історичної і художньої цінності, вартість фалерів на день викрадання перевищувала 5 млн. \$ США. Викрадач зазнав суворого покарання. Проте в цілому ряді випадків вилучення деяких предметів із музеїв залишається поза кримінальної відповідальності, саме в силу відсутності їх економічної оцінки. Наприклад, громадянин Т. вилучив з історичного музею військові експонати (гільзи, планшети, негідну зброю тощо). Суд виправдав Т. на тій підставі, що дані експонати не мали матеріальної вартості, а тому викрадання їх не утворює складу кримінального правопорушення.

Соціальна ознака. Предметом діянь, може бути тільки таке майно, у створення якого вкладена праця людини, або яке, принаймні, вже видобуте з природного стану. Ця ознака знайшла відображення в Проекті КК вказівкою, що річ має бути сформована «в результаті людської праці». Тому не можуть бути предметом розкрадання природні багатства в їхньому природному стані (земля, її надра, ліс на корені, дичина в лісі, риба у воді). Щодо землі – є різні

⁸ Фойницький І. Я. Зазначена праця. С.163.

погляди, так як дехто з науковців вважає її предметом викрадення, виходячи з того, що вона є різновидом товару.

Порушення правил охорони або порядку користування природними багатствами тягне відповідальність залежно від конкретних, зазначених у законі обставин, зокрема, як кримінальні правопорушення проти довкілля, які кваліфікуються, наприклад, за ст. ст. 246, 248, 249 КК.

Проте незаконне заволодіння у свою користь плодів землі, вирощених працею людини, або ж уже видобутих із природного середовища з витратою праці людини, являє собою корисливе діяння, пов'язане із заволодінням і (або) оберненням чужого майна (наприклад, саджанців у розпліднику; лісопродукції на лісодільниці; риби, що вирощується в спеціально улаштованих або пристосованих водоймах; диких тварин і птиці, що знаходяться в розплідниках; вирощених дерев у містах, населених пунктах, пришляхових смугах тощо).

Юридична ознака. Предметом цих кримінальних правопорушень може бути майно, право власності на яке належить або державі, або місцевому органу самоврядування, або колективному чи індивідуальному приватному власнику. Водночас, таке майно повинно знаходитися у фондах власника або у віданні осіб, уповноважених на те власником. Цю ознаку автори Проекту КК визначають так: чужа річ має «власника чи законного володільця» та щодо якої «суб'єкт не уповноважений здійснювати право володіння і розпорядження». Не є предметами кримінальних правопорушень проти власності об'єкти інтелектуальної та промислової власності (ст. ст. 176, 177 КК)⁹.

Не може розглядатися як предмет цих посягань на власність майно (особливої для суспільства цінності), що являє собою знахідку або скарб, а також майно, що не залишилося у віданні власника внаслідок яких-небудь випадкових обставин, не викликаних діями винного. Тому немає незаконного

⁹ Панов М. І., Дзюба Ю. П. Знач. підручник, Харків: Право, 2020. С. 187.

заволодіння, а є ознака ст. 193 КК, якщо буде мати місце привласнення майна, що має, наприклад, наукову цінність та виявилось у володінні винного в результаті помилки особи, якій таке майно було ввірено.

Не є предметами кримінальних правопорушень проти власності вогнепальна зброя, бойові припаси, вибухові речовини, радіоактивні матеріали (ст. ст. 262, 263, 263-1, 265 КК); наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги та прекурсори (ст. 312 КК та ін.); військове майно (ст. ст. 410, 411 КК та ін.), які внаслідок своїх особливих властивостей віднесені до предметів кримінальних правопорушень проти громадської безпеки, здоров'я населення, встановленого порядку несення військової служби та ін¹⁰.

Отже, предметом незаконних корисливих діянь, пов'язаних із заволодінням і (або) оберненням чужого майна, є річ (або сукупність речей) матеріального світу, що належить на правах власності його власнику, має економічну цінність, знаходиться у віданні власника або його законного представника, і яке сформоване працею людини.

3. Об'єктивна сторона незаконних діянь, пов'язаних з заволодінням і (або) оберненням чужого майна

Поняття. З об'єктивної сторони ці кримінальні правопорушення характеризуються як незаконне, безоплатне заволодіння і (або) обернення особою чужого майна.

Ознаки об'єктивної сторони: діяння, наслідки, причинний зв'язок.

Діяння. Це завжди активна дія. Бездіяльність можлива лише при співучасті, наприклад, з боку осіб, яким майно було ввірено або під охороною яких знаходилося, і які явно потурають виконавцям незаконного заволодіння чужого майна.

Дії, якими безпосередньо виконується суспільно небезпечне посягання, прямо називаються законодавцем у статтях КК і можуть носити форму

¹⁰ Зазначен. підручник, Харків: Право, 2020. С. 187.

викрадання, вимагання шахрайства, привласнення, розтрата, заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем.

Ці дії істотно відрізняються між собою як способом їхнього здійснення, так і суспільною небезпечністю. Тому законодавець, орієнтуючись на форми заволодіння чужого майна, виділяє як самостійні кримінальні правопорушення такі:

- крадіжка (ст. 185 КК);
- грабіж (ст. 186 КК);
- розбій (ст. 187 КК);
- вимагання (ст. 189 КК);
- шахрайство (ст. 190 КК);
- привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК).

Загальним поняттям для всіх цих різноманітних форм посягань є поняття «заволодіння» і (або) «обернення» майна.

Заволодіння означає незаконне, безоплатне вилучення майна з фондів власника чи законного володільця й появу у суб'єкта можливості розпорядитися чужим майном як своїм власним. Дехто з науковців замість терміну «заволодіння» застосовує термін «обертання». Таку позицію займають зокрема автори підручника, що підготовлений кафедрою кримінального права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. Щодо самого терміну «обертання» також є розбіжності. Так, у постанові Пленуму Верховного Суду України (далі – ПВСУ) від 06 листопада 2009 р. № 10 застосовується термін «обернення» при характеристиці окремих посягань на чужу власність. З чим варто погодитися.

У кафедральному підручнику 2015 р. зазначається: «Обертання як обов'язкова ознака об'єктивної сторони злочинів цієї групи передбачає активну поведінку (дію) – вилучення чужого майна з володіння, розпорядження, користування власника або особи, якій воно ввірене на

законній підставі, на користь винного або інших осіб і збагачення його або інших осіб за рахунок цього майна»¹¹. Однак, для характеристики більшості посягань властивим є термін «заволодіння», а, наприклад, для кримінальних правопорушень, передбачених ст. 191 КК – «обернення». У певних випадках може бути використано обидва терміни. Варто зазначити, що Проект КК термін «обернення» не використовує.

Проте слід мати на увазі, що саме поняття «заволодіння» чи «обернення» ще не характеризує вичерпно зазначені посягання. Ці дії забороняються кримінальним законом тому, що заволодіння є *незаконним*, а також воно повинно бути *безоплатним*.

Ознака незаконності є наявною, якщо в суб'єкта немає ні дійсного, ні уявного права на майно. Навпаки, коли таке право є, коли є законні підстави або припущення про законні підстави на одержання майна (не формальні, а по суті), а особою порушується встановлений законом порядок здійснення цього дійсного або уявного права, тоді корисливе посягання, пов'язане із заволодінням чужого майна, відсутнє. У зв'язку з цим дуже показовою є справа К. Вона була визнана винною в шахрайстві, тому що серед документів, на підставі яких їй була призначена пенсія, була фіктивна довідка про роботу прибиральницею протягом 3-х років. При перевірці виявилось, що К. на підставі закону про державні пенсії мала право на пенсію по інвалідності. Крім стажу, що підтверджується записами в трудовій книжці, необхідно було врахувати і включити у виробничий стаж період її роботи домашньою робітницею в сільській місцевості. На підтвердження цієї обставини вона не змогла своєчасно надати відповідні документи, тому що не було можливості з'їздити в село. Отже, представляючи фіктивну довідку, К. мала на меті одержати пенсію, на яку вона мала право, але не могла вчасно надати належні документи. Подібні дії не містять ознак шахрайства, при

¹¹ Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.: За заг. ред. проф. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид. перероб. і допов. Харків: Право, 2015. С. 164.

якому винний усвідомлює, що він, шляхом обману або зловживання заволодіває майном, на одержання якого не має права, а бажає діяти, переслідуючи ціль незаконного збагачення.

Найважливішою умовою заволодіння майна є його *безоплатність*. Це означає, що особа, вилучаючи чи привласнюючи майно на свою користь, не відшкодовує працю, витрачену на створення цінностей, не передає власнику еквівалент вартості цього майна, у результаті чого зменшуються фонди останнього. Водночас, коли йдеться про передачу еквівалента вартості майна, мається на увазі або праця людини на користь, наприклад, певного приватного підприємства, наслідком чого є оплата винагороди за цю працю, або передача грошей, а можливо й інших предметів, на одержання яких у рахунок майна, що вибуває на законних підставах із фондів власника, останній розраховував. Наприклад, при продажу товару власник розраховує одержати плату від громадян за цей товар. Самовільна передача власнику майна, на яке він не розраховував, яке йому не потрібно (він у такому майні не має потреби), не може свідчити про відшкодування, у тому числі часткове.

Оскільки безоплатність припускає, що винний, вилучаючи на свою користь або на користь третіх осіб майно, не має наміру повернути його, то не можуть розглядатися як корисне незаконне заволодіння (обернення) майна випадки так званого «самовільного тимчасового запозичання» майна з фондів власника. Це, наприклад, може бути у випадках незаконної видачі товарів у кредит, тимчасового користування майном або грошима держави або колективного власника.

Наслідки незаконного заволодіння чужого майна на свою користь. Для кожного посягання наслідки являють собою нанесення майнового збитку власнику у вигляді зменшення його матеріальних фондів, що мають вартісну оцінку. Одночасно незаконно збагачується особа, яка розкрала майно, або інша, на користь якої діяв суб'єкт посягання.

З цього варто зробити висновок, що зазначені дії завжди завдають майнову шкоду власнику.

Треба підкреслити, що теорія права й законодавство розрізняють два види майнової шкоди:

- 1) реальна або дійсна шкода;
- 2) упущена вигода.

Шкода, за якої кількісно зменшилося майно власника, є реальним збитком для нього. Цей вид збитку має значення для кваліфікації незаконного заволодіння чужого майна, визначення їх виду залежно від розміру, кількості викраденого, привласненого або іншим чином вилученого майна. За Проектом КК цей вид шкоди зазначено як «пряма майнова шкода».

Упущена ж вигода являє собою той грошовий розмір, на який могло й повинно було збільшитися майно потерпілого, якби не було вчинене правопорушення. Цей вид збитку не враховується при кваліфікації посягань на власність, визначенні їх видів. Водночас він може бути врахований при призначенні покарання як обставина, що обтяжує кримінальне покарання (п. 5 ст. 67 КК – «тяжкі наслідки, завдані злочином»).

Критерії визначення розміру реального (прямого) збитку, заподіяного незаконним заволодінням чужого майна на свою користь.

Найбільш сутнісним критерієм при визначенні розміру зазначеного діяння є *вартісний критерій*, що визначається на підставі ціни товару (оптової, роздрібною, ринковою тощо) на момент його заволодіння, встановленої власником.

На цей критерій ПВСУ в постанові від 06 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» у п. 25 зазначив: «Розмір майна, яким заволоділа винна особа в результаті вчинення відповідного злочину, визначається лише вартістю цього майна, яка виражається у грошовій оцінці. Вартість викраденого майна визначається за роздрібними (закупівельними) цінами, що існували на момент вчинення

злочину, а розмір відшкодування завданих злочином збитків – за відповідними цінами на час вирішення справи в суді. За відсутності зазначених цін на майно його вартість може бути визначено шляхом проведення відповідної експертизи» (абз. 1).

Базуючись на вартісному критерії, незаконні корисливі діяння, пов'язані із заволодінням і (або) оберненням чужого майна підрозділяються на 5 видів:

1) *Дрібне* корисливе незаконне заволодіння і (або) обернення чужого майна, за що законодавець передбачає адміністративну відповідальність за ст. 51 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Відповідно до ч. 3 цієї статті в редакції Закону України №1449-VI від 04 червня 2009 р. викрадення чужого майна вважається дрібним, якщо вартість такого майна на момент вчинення правопорушення не перевищує 0,2 неоподаткованого мінімуму доходів громадян. У гривневому вимірі цей показник дорівнював у 2015 р. – 121 грн. 80 коп. У 2016 р. – 137 грн. 80 коп. У 2017 р. – 160 грн. У 2018 р. – 176 грн. 20 коп. У 2019 р. – 192 грн. 10 коп. У 2020 р. – 210 грн. 20 коп. У 2021 р. – 227 грн. У 2022 р. – 248 грн. 10 коп¹².

Форма викрадення: крадіжка, шахрайство, привласнення чи розтрата. Для інших форм заволодіння і (або) обернення відповідальність може бути лише кримінально-каранною.

2) *«Просте»* корисливе незаконне заволодіння і (або) обернення чужого майна – це зазначені дії, якщо вартість викраденого складає або до 100, або до 250 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, що залежить від того, чи буде шкода визнана правозастосувачем *значною*.

3) Корисливе незаконне заволодіння і (або) обернення чужого майна у *значних розмірах*. Згідно з п. 2 примітки до ст. 185, у ст. ст. 185, 186, 189 та 190 КК значна шкода визначається із врахуванням матеріального становища

¹² Формула розрахунку у 2022 році: 2481 грн. (розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, затверджений держбюджетом на 1 січня 2022 р.): (поділяємо) на 2 = 1240,5 (це податкова соціальна пільга) x (множимо) на 0,2 (розмір для розрахунку дрібного викрадення) = отримуємо 248,1 грн.

потерпілого та якщо йому спричиненні збитки на суму від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

4) Корисливе незаконне заволодіння і (або) оборнення чужого майна у *великих розмірах* визначене в п. 3 примітки до ст. 185 КК. У статтях 185–191 цього Кодексу у великих розмірах визнається кримінальне правопорушення, що вчинене однією особою чи групою осіб на суму, яка в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення кримінального правопорушення.

5) Корисливе незаконне заволодіння і (або) оборнення чужого майна у *особливо великих розмірах*. Воно визначено у п. 4 примітки до ст. 185 КК. У статтях 185–187 та 189–191 цього Кодексу в особливо великих розмірах визнається кримінальне правопорушення, що вчинене однією особою чи групою осіб на суму, яка в шістсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення кримінального правопорушення.

Момент закінчення. Вирішення цього питання багато в чому залежить від форми вчинення діяння. Так, *крадіжку* і *грабіж* потрібно вважати закінченими, якщо майно вилучене й винний має реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним (п. 4, абз. 1 постанови ПВСУ від 06 листопада 2009 р.).

В абз. 2 цього пункту постанови ПВСУ зазначає: «якщо особа, котра протиправно заволоділа майном, такої реальної можливості не мала, її дії слід розглядати залежно від обставин справи як закінчений чи незакінчений замах на вчинення відповідного злочину...». Так, у вирокі одного з судів було зазначено, що дії особи, яка вилучила товари із цеху і сховала їх на території підприємства, що охороняється, з метою наступного оборнення, кваліфікуються як незакінчене кримінальне правопорушення.

При *розбої*, на відміну від інших посягань, кримінальне правопорушення буде закінченим в момент початку нападу (усічений склад).

Повернення вилученого майна або відшкодування його вартості не виключає визнання кримінального правопорушення закінченим, а може служити лише підставою для пом'якшення покарання.

4. Суб'єктивна сторона незаконних корисливих діянь, пов'язаних із заволодінням і (або)оберненням чужого майна.

Суб'єктивна сторона цих кримінальних правопорушень складається з трьох обов'язкових ознак: прямого умислу, корисливого мотиву, мети заволодіння чужим майном на свою користь або на користь інших осіб.

Прямий умисел припускає усвідомлення суб'єктом кримінального правопорушення того, що майно, яке їм вилучається на свою користь, є чужим майном. Водночас винний усвідомлює, що він здійснює заволодіння і(або) обернення чужого майна й бажає здійснити таку дію.

Мотив – корисливий. В основі здійснення розглядуваних кримінальних правопорушень лежить бажання незаконно збагатитися за рахунок майна іншого власника. Кримінальне правопорушення не перестає бути корисливим і в тому випадку, коли викрадач обертає майно, вилучене на користь інших осіб, оскільки мотивом дій так само є зацікавленість незаконно збагатити цих осіб. Якщо особа не усвідомлює, що вона діє на користь інших осіб, які збагачуються за рахунок чужого майна, то суб'єктивна сторона цього кримінального правопорушення відсутня.

При здійсненні розкрадань декількома особами корисливий мотив повинен бути завжди у виконавця (хоча б одного) кримінального правопорушення. Окремі його співучасники можуть діяти й за іншими мотивами (із удавано зрозумілого товаришування, підлесливості перед своїм безпосереднім начальником і т. п.).

У випадку відсутності корисливого мотиву відсутній склад розглядуваних кримінальних правопорушень. Тому вилучення чужого майна на користь винного, що було результатом здійснення всупереч установленому законом порядку дійсного або уявного права на таке майно,

не може розглядатися як незаконне заволодіння чужого майна на користь винного. Наприклад, самовільне утримання ввіреного майна в рахунок боргу, належного з організації, або в рахунок зарплати, належної в майбутньому, а також відпустка товарів в кредит та ін. може утворити, при наявності всіх необхідних для того ознак, склад кримінального правопорушення: зловживання службовим становищем (ст. 364 КК), службове підроблення (ст. 366 КК), підроблення документів (ст. 358 КК) або самоправство (ст. 356 КК).

Мета – винна особа ставить за мету заволодіти і (або) обернути чуже майно на свою користь або користь інших осіб. Відсутність такої мети виключає розглядуване кримінальне правопорушення.

Такі дії можуть розглядатися як самоправство або як зловживання службовим становищем за наявності всіх ознак складів цих кримінальних правопорушень.

5. **Суб'єкт** незаконних корисливих діянь, пов'язаних із заволодінням і (або) обертанням чужого майна на користь винного або інших осіб.

Згідно з ч. 2 ст. 22 КК за *крадіжку* (ст. 185 КК), *грабіж* (ст. 186 КК), *розбій* (ст. 187 КК), *вимагання* (ст. 189 КК) відповідальність настає з 14 років. За інші кримінальні правопорушення цієї групи посягань на власність відповідальність настає з 16 років. Кримінальні правопорушення, що передбачені ст. 191 КК, потребують *спеціальних суб'єктів*. За ч. 1 ст. 191 КК – це особи, яким майно було ввірене чи перебувало в її віданні; за ч. 2 ст. 191 КК – службові особи, незалежно від форми вчинення діяння.

Список джерел

І. Література

1. Антонюк Н. О. Кримінально-правова охорона власності: навч. посіб. Львів: ЛНУ ім. І. Франка, 2012. 514 с.
2. Демидова Л. М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок): теорія, закон, практика. Харків: Право, 2013. 752 с.

3. Дорохіна Ю. А. Злочини проти власності. Теоретико-правове дослідження: монографія. Київ: Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2016. 744 с.

4. Олійник П. В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення. Харків: Право, 2011. 208 с.

5. Соловйова А. М. Кримінально-правова характеристика злочинів проти власності: порівняльно-правове дослідження: монографія. Вінниця, 2018. 459 с.

6. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2020. 768 с. (розділ VII «Кримінальні правопорушення проти власності», автори: М. І. Панов, Ю. П. Дзюба. С. 186–225).

II. Судова практика

1. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності». ВВСУ. 2009. № 12. С. 9–16.